

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Faillite et (in)exécution du contrat

George, Florence

Published in:

Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux

Publication date:

2011

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

George, F 2011, Faillite et (in)exécution du contrat: questions choisies. Dans *Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*. Commission Université-Palais, Numéro 129, Anthemis, Limal, p. 191-262.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

4

Faillite et (in)exécution du contrat : questions choisies

Florence GEORGE
assistante à l'U.C.L.
avocate

SOMMAIRE

Introduction	192
SECTION 1	
Le principe : la continuité des contrats en cours	194
SECTION 2	
Première catégorie d'exceptions au principe de continuité : dissolution de plein droit de certains contrats	197
SECTION 3	
Deuxième catégorie d'exceptions au principe de continuité : faculté de résiliation ou de résolution	232
Conclusion	260

Introduction

1. La faillite en droit belge. En Belgique, le droit de l'insolvabilité a connu de multiples révisions. D'une faillite-sanction, le système belge a progressivement évolué vers une dynamique de protection sociale. Moteurs du développement et de la croissance économique, les entreprises sont, en marge des procédures de faillite proprement dites, de plus en plus l'objet de politiques de sauvetage¹. La loi du 1^{er} avril 2009 relative à la continuité des entreprises participe d'ailleurs à ce mouvement novateur². Il existe toutefois des cas où le maintien en survie artificielle d'une entreprise n'est pas souhaitable. La faillite devient dès lors inéluctable.

L'ouverture d'une situation de concours, dont la faillite constitue l'exemple par excellence, n'est pas sans incidence sur les contrats. De nombreuses personnes physiques et morales gravitent autour du débiteur failli. Leur sort se voit généralement lié au règlement de cette faillite par le curateur. La question qui vient aux lèvres des créanciers est la suivante : « Qu'advient-il du contrat que j'ai conclu avec le failli ? Vais-je être payé de l'intégralité de ma créance ? ».

Le législateur a entendu résoudre ces questions en opérant la balance entre, d'une part, le souci de protéger le débiteur défaillant et, d'autre part, la volonté de sauvegarder les intérêts des créanciers. Les situations de concours répondent ainsi à des dispositions basées sur le principe de l'égalité des créanciers. Ces règles propres à ces situations doivent toutefois s'articuler avec d'autres droits tels le droit des obligations et le droit des contrats.

2. Délimitation du périmètre de nos recherches. Le volume imparti pour cette contribution ne permet pas d'approfondir le sort, en cas de faillite, de tous les mécanismes du droit des obligations tels que l'exception d'inexécution, le droit de rétention, la clause pénale, la compensation conventionnelle, la clause de réserve de propriété ou l'action directe. Ce volet échappe dès lors à notre analyse. Il n'y est fait référence que de manière incidente.

Il serait également trop ambitieux de vouloir, dans le cadre de cette contribution, analyser de manière exhaustive l'ensemble des incidences de la faillite sur les différents stades de la vie du contrat, à savoir sa formation, son exécution et sa dissolution. Nous limitons notre propos sur la formation du contrat au principe bien connu en la matière : le contrat conclu par le débiteur

1. G. DELVAUX, M. GRÉGOIRE, F. LAGASSE et Ch. VAN BUGGENHOUT, *L'entreprise en difficulté. Solutions et nouveaux outils juridiques*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009.
2. Loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.

failli après la survenance de la faillite doit subir les effets du dessaisissement. Conformément à l'article 16 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites³, le contrat est inopposable à la masse. La Cour de cassation, dans son arrêt du 11 février 1993⁴, a clairement distingué cette sanction de celle de la nullité. La Cour s'exprime en ces termes : « l'acte attaqué est inopposable à la masse des créanciers, mais demeure valable dans les rapports entre le débiteur et celui qui a traité avec lui ; (...) elle (la faillite) n'a donc pas pour effet de mettre l'acte à néant pour cause de nullité ».

3. Exécution et dissolution du contrat. L'exécution du contrat constitue le cœur de nos recherches. La survenance d'une faillite vient en effet perturber le cours normal de l'exécution du contrat. Après avoir rappelé le principe de la poursuite des contrats en cours, les exceptions à ce dernier seront appréhendées tour à tour.

L'examen de ces exceptions renverra aux hypothèses de dissolution du contrat et débouchera sur l'analyse de la faculté offerte au curateur par l'article 46 de la loi sur les faillites.

4. Cas particuliers. En marge de l'article 46 de la loi sur les faillites, le législateur a entendu régir de manière spécifique l'incidence d'une faillite sur certains contrats. Il en va ainsi des contrats relatifs aux droits de propriété intellectuelle⁵, des contrats d'assurance⁶ et, de manière moins explicite, des contrats d'agence commerciale⁷. En outre, le législateur a entendu consacrer, au sein même de l'article 46, les règles qui régissent les contrats de travail⁸. Ces contrats ne feront toutefois pas l'objet d'une étude approfondie dans le cadre de la présente contribution.

5. Plan. La question du sort du contrat constitue le cœur de nos recherches. Le principe en la matière est la poursuite des contrats en cours (section 1). Ce principe connaît néanmoins de nombreuses exceptions, qu'il s'agisse des causes de dissolution de plein droit du contrat (section 2) ou des facultés offertes par le législateur ou par le contrat lui-même (section 3).

3. Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.
4. Cass., 11 février 1993, *Arr. cass.*, 1993, p. 177, *Bull.*, 1993, p. 162, *F.J.F.*, 1993, p. 423, *J.T.*, 1993, p. 460, *Pas.*, 1993, I, p. 162, *R.W.*, 1993-1994, p. 123, *Rec. gén. eur. not.*, 1993, p. 257, note A. CULOT, *Rev. not. belge*, 1993, p. 216, note.
5. Articles 20 et 30 de la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994.
6. Article 32 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, *M.B.*, 20 août 1992.
7. Article 19 de la loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, *M.B.*, 2 juin 1995.
8. Loi du 15 juillet 2005 visant à compléter les articles 10 et 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 1^{er} août 2005.

SECTION 1

Le principe : la continuité des contrats en cours

6. Émergence de la question. La question du sort du contrat en cours découle de la règle de l'article 16 de la loi du 8 août 1997⁹ : « À dater du jour de la faillite, le failli est dessaisi de plein droit de tous ses biens, même ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite ». Face à ce principe se pose la question du sort à réserver aux contrats conclus par le failli. Dans la mesure où l'administration des biens du failli est confiée au curateur, c'est à ce dernier qu'incombera la gestion de la faillite et, spécifiquement, la poursuite ou non des contrats en cours au regard des principes développés ci-après.

7. Origine. Comme le rappellent fort bien T. Hürner et N. Ouchinsky¹⁰, « l'ancienne loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis de paiement ne prévoyait aucun régime général relatif au sort des contrats en cours lors du jugement déclaratif de faillite. La solution avait donc dû être dégagée par la doctrine et la jurisprudence. Il était en premier lieu admis que la faillite ne mettait pas fin de plein droit aux contrats en cours ».

Dans un souci de simplification, de transparence, de cohérence et d'humanité, le législateur revit toutefois sa copie pour aboutir à l'adoption de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, toujours en vigueur actuellement.

8. Ratio legis. Le législateur a entendu accorder une attention particulière à la question des contrats en cours¹¹. Il entérine dans un article 46¹² les conceptions développées jusqu'alors en doctrine et jurisprudence. Le but de cette nouvelle réglementation est de « mieux concilier les intérêts des créanciers, des pouvoirs publics, des travailleurs et du failli lui-même »¹³. Il s'agit de « mieux sauvegarder les droits du failli et de donner aux créanciers plus de possibilités d'intervenir et d'exercer un contrôle »¹⁴.

9. C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden », *T.P.R.*, 1998, p. 495 ; F. T'KINT, W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 216.

10. T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, p. 214.

11. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 329-17, p. 137.

12. Article 45, qui deviendra ultérieurement l'article 46 que nous connaissons aujourd'hui (voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n°s 330-1 et 330-26).

13. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extraord. 1991-1992, n° 631-1, pp. 1-2, auquel renvoie *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 329-17, p. 3.

14. *Ibid.*

9. Article 46 de la loi sur les faillites. L'article 46 constitue le siège de la matière de l'exécution des contrats en cas de faillite. L'indigence du Code civil à cet égard n'est plus à rappeler.

Dans sa mouture actuelle, l'article 46, § 1^{er}, dispose que :

« §1^{er}. Dès leur entrée en fonctions, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.

La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai ; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse.

Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite ».

La rédaction du paragraphe 1^{er} de l'article 46 de la loi sur les faillites pourrait laisser augurer de la possibilité d'un choix absolu et discrétionnaire dans le chef du curateur quant à la poursuite de l'exécution des contrats conclus par le failli avant le jugement déclaratif de faillite. Il n'en est toutefois rien. La faculté offerte au curateur de prendre position sur l'exécution du contrat (*infra*, section 3, A.) ne peut venir occulter le principe de droit commun consacré en doctrine et en jurisprudence : la continuité (ou maintien ou encore poursuite) des contrats en cours. Ce principe est d'ailleurs expressément confirmé dans le paragraphe 1^{er} de l'article 46 en ces termes : « *L'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin* ». Partant, le jugement déclaratif de faillite n'affecte pas, en principe, l'existence des rapports contractuels tissés entre le failli et ses cocontractants¹⁵.

10. Portée. L'article 46 de la loi sur les faillites a une portée générale. D'une part, le principe de continuité vaut pour toutes les procédures d'insolvabilité¹⁶

15. A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 862.

16. E. DIRIX, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, p. 202 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, pp. 861-862.

(faillite, mise en liquidation d'une société¹⁷, règlement collectif de dettes¹⁸, procédure de réorganisation judiciaire¹⁹). D'autre part, l'article 46 s'applique « à tous les contrats en cours, quelle que soit leur nature »²⁰. Le sort des contrats de travail n'échappe d'ailleurs pas à l'emprise de cet article 46, qui les régit spécifiquement en son deuxième paragraphe (*infra*, section 3, A., point 10). Les dispositions du Code civil ainsi que la loi relative aux contrats de travail cèdent largement le pas à la loi du 8 août 1997.

11. Position du curateur. Bien que l'article 46 de la loi sur les faillites consacre le principe selon lequel le jugement déclaratif de faillite n'entraîne pas la dissolution de plein droit des contrats, il ménage toutefois au curateur une place de choix. Ainsi, le curateur dispose d'un droit d'option dont la portée reste, à l'heure actuelle, largement discutée (*infra*, section 3). Depuis la promulgation de la loi, l'article 46 n'a cessé de susciter la controverse. La faculté offerte au curateur reste la pierre d'achoppement sur laquelle la doctrine et la jurisprudence n'arrivent pas à s'accorder. Les arrêts récents rendus par notre Cour suprême ont remis de l'huile sur le feu. La doctrine, quant à elle, est toujours en quête d'une solution claire.

12. Droits et obligations découlant du contrat. La poursuite de l'exécution du contrat n'est pas synonyme d'« identité de rapport contractuel ». L'ouverture d'une situation de concours fait obstacle à l'exercice normal des droits des créanciers²¹. Le jugement déclaratif de faillite affecte les droits et obligations des parties²². On pense, par exemple, à l'article 22 de la loi sur les faillites, qui prévoit que le jugement déclaratif de faillite rend exigibles les dettes du failli, ou encore à l'arrêt du cours des intérêts conformément à l'article 23 de la même loi. En outre, les clauses pénales, clauses de compensation et clauses de réserve de propriété figurant au contrat ne sortiront leurs effets que pour autant qu'elles respectent différentes exigences spécifiques. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'étude de ces clauses dépasse toutefois le cadre de cette contribution.

17. T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, p. 236.

18. E. DIRIX, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, p. 202.

19. Article 35 de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.

20. A. ZENNER et I. VEROUĞSTRAETE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse », *R.D.C.*, 2004, p. 524.

21. C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden », *T.P.R.*, 1998, p. 496.

22. *Ibid.*, p. 496.

13. Conclusion. Pour autant que le contrat soit valide et opposable²³, le curateur et les cocontractants du failli se trouvent, en principe, dans l'obligation de poursuivre l'exécution de la convention. Malgré certaines fausses idées qui circulent, la faillite ne met pas, en soi, fin aux contrats. Il importe dès lors, pour les cocontractants du failli, d'éviter les comportements qui entraîneraient une résiliation du contrat au mépris des règles applicables. La sanction pourrait se révéler aussi onéreuse qu'inattendue.

La poursuite de certains contrats est bien souvent indispensable pour le curateur qui entend poursuivre l'activité de l'entreprise conformément à l'article 47 de la loi sur les faillites ou simplement gérer de manière optimale l'administration de la faillite. Ce maintien du contrat n'est toutefois pas toujours souhaité, que ce soit par les créanciers ou par le curateur lui-même. Chaque partie tente alors de se dégager de ses obligations en recourant aux exceptions que nous développerons dans les sections suivantes.

SECTION 2

Première catégorie d'exceptions au principe de continuité : dissolution de plein droit de certains contrats

14. Introduction. Les exceptions au principe de la continuité des contrats sont nombreuses. Par souci de clarté, ces dernières sont groupées en deux catégories. La première d'entre elles concerne les cas de dissolution de plein droit du contrat.

15. Terme générique de dissolution. La notion de dissolution du contrat renvoie aux « causes anormales de disparition du contrat »²⁴, à savoir les cas où le contrat expire autrement que par la voie normale que constitue l'exécution de la convention²⁵. L'utilisation du terme générique et neutre de « dissolution » s'explique par notre volonté d'éviter, à ce stade, toute confusion entre résiliation, résolution, nullité et caducité.

Les hypothèses de dissolution de plein droit du contrat en cas de faillite sont au nombre de deux : le contrat *intuitu personae* (A.) et la condition résolutoire (B.). Ces cas de dissolution soit sont prévus expressément par la loi, soit ressortent d'une convention (ou d'un acte unilatéral) ou d'une règle générale dégagée par la doctrine et la jurisprudence²⁶.

23. La question de l'opposabilité du contrat dépasse le cadre de notre contribution.

24. P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in *La fin du contrat*, Liège, Édition Formation permanente CUP, 2001, pp. 9-10.

25. *Ibid.*, p. 9.

26. Voy. par exemple : P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

A. Le contrat conclu *intuitu personae*

16. Une première exception au principe de continuité. Le principe contenu à l'article 46 de la loi sur les faillites s'efface devant les règles et principes dégagés par la « doctrine classique (qui) enseigne que les contrats *intuitu personae* sont dissous de plein droit par la faillite au jour du jugement déclaratif de faillite »²⁷. De manière plus nuancée, Fr. T'Kint soutient, en reprenant les propos d'E. Thaller et J. Percerou, qu'une « résolution intervient de plein droit, à une double condition : "Il faut d'abord que les obligations qui en naissent à la charge du failli soient par leur nature même ou à raison de l'intention des parties, telles qu'elles ne puissent être exécutées que par lui (sans quoi la masse aurait la faculté de se substituer à lui dans leur exécution et par conséquent dans le contrat tout entier) ; puis aussi que ces obligations intéressent le patrimoine du failli, de telle sorte que l'indisponibilité de ce patrimoine résultant du dessaisissement en rende l'exécution impossible par le commerçant (sans quoi, s'il s'agissait d'obligations de nature telle que, nonobstant l'indisponibilité, le failli puisse les exécuter, le contrat subsisterait)" »²⁸.

Le droit commun des obligations servira de référence pour déterminer le caractère *intuitu personae* ou non des contrats conclus avec le failli²⁹.

Le caractère *intuitu personae* pourra « être apprécié différemment dans le chef des deux contractants »³⁰.

1. Notion

17. Définition traditionnelle. Traditionnellement, les contrats *intuitu personae* sont définis comme des contrats pour la conclusion desquels la considération de la personne de l'un des cocontractants est toujours déterminante³¹. « La considération de la personne du cocontractant revêt (...) une importance déterminante aux yeux de l'autre partie. C'est en raison de ses qualités, de son habileté, de son honnêteté, de sa compétence, bref, en raison de la confiance que telle personne inspire que l'on décide de traiter avec elle »³².

27. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 425. Voy. également en ce sens les travaux préparatoires : *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 631/1, p. 23.

28. E. THALLER et J. PERCEROU, *Traité*, t. II, 1913, n° 879, pp. 27-28, cité par Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n° 223.

29. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 426.

30. P. HENFLING, « Les contrats en cours et les dettes de la masse dans l'optique de la nouvelle loi », in *Droit de la faillite et du concordat*, CUP, vol. 9, Liège, Éd. Formation permanente CUP, 1996, p. 159.

31. F. VALLEUR, *L'intuitus Personae dans les contrats*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne Édouard Duchemin, 1938, p. 7 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations. Tome I : Introduction. Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 134.

32. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 234.

Ce caractère *intuitu personae* du contrat relève de l'appréciation souveraine des juges du fond³³.

18. Illustrations. La doctrine et la jurisprudence ont déjà, à maintes reprises, eu l'occasion de se prononcer sur les contrats que l'on peut qualifier d'*intuitu personae*. Elles épinglent notamment, parmi ceux-ci, le mandat³⁴, la société de personnes³⁵, la commission³⁶, le contrat de distribution conclu avec des intermédiaires commerciaux³⁷, la franchise³⁸, le contrat de *leasing*³⁹, le contrat d'ouverture de crédit⁴⁰ et de compte courant⁴¹, le contrat d'entreprise⁴², le

33. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 425 ; C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeijikheden », *T.P.R.*, 1998, p. 499.

34. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, pp. 426-427 ; C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeijikheden », *T.P.R.*, 1998, p. 500 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 234 (P. Wéry précise que « le mandat est *intuitu personae* du moins dans le chef de la personne du mandataire ») ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 476.

35. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 476.

36. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 323 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 476.

37. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 427 ; C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeijikheden », *T.P.R.*, 1998, p. 500 ; L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », *R.D.C.*, 2008, pp. 918 et s. ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 234 ; Anvers, 21 février 2008, *R.D.C.*, 2008, liv. 10, pp. 915-918. P. Kileste et P. Hollander estiment quant à eux que le contrat de concession de vente n'est pas par nature *intuitu personae* (« Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée », *R.D.C.*, 2009, p. 198). I. Verougstraete semble partager l'avis de N. Thirion et A. Benoît-Moury quant à l'application de la qualification d'*intuitu personae*, du moins dans le chef du concessionnaire (*Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 476).

38. P.D. SHER et C. SMETS-GARY, « Le contrat de franchise en droit belge », *J.T.*, 1997, pp. 489 et s. ; L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 427 ; C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeijikheden », *T.P.R.*, 1998, p. 500 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 476 ; Comm. Verviers, 24 novembre 1992, *R.D.C.*, 1993, p. 963.

39. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 427 ; C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeijikheden », *T.P.R.*, 1998, p. 500.

40. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 427 ; C.-A. LEUNEN, « Lopende overeen-

contrat de travail⁴³, le contrat médical⁴⁴, le contrat d'édition⁴⁵ ou encore le commodat⁴⁶.

Le caractère *intuitu personae* du contrat de cautionnement n'emporte pas de réponse unanime. Tandis qu'E. Dirix et R. De Corte⁴⁷ estiment que ce contrat est généralement *intuitu personae*, A. Limpens⁴⁸ parle d'un *intuitus personae* « à intensité variable ». La doctrine reste également hésitante et divisée sur la qualification à donner au contrat de dépôt non salarié⁴⁹.

19. Enjeux. La classification des contrats *intuitu personae* n'est pas un exercice purement théorique. Elle justifie l'application d'un régime particulier, et ce, aux différentes étapes de la vie du contrat. Pour ne citer que quelques exemples de ces « effets propres qui s'attachent à l'*intuitus personae* »⁵⁰, nous pensons à l'erreur sur la personne comme cause de nullité de la convention, au fait que seul le débiteur peut valablement exécuter l'obligation, à la

komsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden », *T.P.R.*, 1998, p. 500 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 234 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 476 ; Mons, 17 janvier 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 1032, note J. BUYLE ; Bruxelles, 1^{er} avril 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 264.

41. Bruxelles, 7 novembre 1997, *A.J.T.*, 1999-2000, p. 365, note H. VERHEYEN. On y parle d'une convention ayant un caractère personnel. Voy. également L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 427.
42. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 428 ; C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden », *T.P.R.*, 1998, p. 500 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 234. Voy. pour un cas d'application : Liège, 19 octobre 1998, *R.G.D.C.*, 2000, pp. 53 et s.
43. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 428 ; C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden », *T.P.R.*, 1998, p. 500. Conformément à l'article 26 de la loi sur le contrat de travail, « la faillite de l'employeur ne constitue pas un événement de force majeure susceptible de mettre fin aux contrats de travail ».
44. L. AYNÈS, *La cession du contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 233, 237 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 234.
45. L. AYNÈS, *La cession du contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, pp. 233, 237 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 234.
46. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 236.
47. E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, Anvers, Story-Scientia, 1999, p. 251, n° 382.
48. A. LIMPENS, « Le cautionnement de dettes futures donnerait-il naissance en droit belge à une obligation de couverture », note sous Mons, 14 janvier 1997, *R.C.J.B.*, 2001, p. 160.
49. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 237.
50. *Ibid.*, p. 236.

mort d'une des parties comme cause de dissolution de plein droit de la convention...⁵¹. La survenance d'une faillite joue également un rôle significatif puisqu'elle a vocation à dissoudre de plein droit les contrats conclus *intuitu personae*.

La prudence s'impose toutefois. Il n'existe pas de régime applicable à l'ensemble des contrats *intuitu personae*. On relève des divergences entre les différents types de contrats⁵².

20. Ambiguïté de la notion. La doctrine moderne s'écarte progressivement de la définition traditionnelle d'*intuitus personae*. Cette dernière prête en effet le flanc à la critique. Le concept utilisé est « fuyant »⁵³ et n'est souvent d'aucun secours pour les praticiens. Il faut bien admettre que la considération de la personne intervient pratiquement toujours lors de la conclusion du contrat. Les critiques légitimes à l'égard de ce concept insaisissable ouvrent ainsi la voie à une approche davantage pragmatique. Une ébauche de solution est venue de nos voisins français. L. Aynès, en 1984, annonce les prémices d'une nouvelle distinction : l'*intuitus personae* dans l'objet du contrat et l'*intuitus personae* extérieur à l'objet du contrat^{54, 55}. La distinction ne manque pas de pertinence. P. Van Ommeslaghe y voit d'ailleurs l'opportunité d'affiner la notion d'*intuitus personae*. Il suggère de créer une dichotomie entre les contrats *intuitu personae stricto sensu* et ceux *intuitu personae* au sens large. Dans les premiers, « les caractéristiques personnelles d'une ou de plusieurs parties sont incorporées dans

51. Voy. P. WÉRY, « Les contrats de services gratuits », in B. TILLEMANS et A. VERBEKE (eds.), *Knel-puntten dienstcontracten*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 82 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 236.
52. P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations. Tome I : Introduction. Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 134 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 236. Voy. également Cass., 22 février 2008, *Droit bancaire et financier*, 2008, pp. 239 et s.
53. Voy. L. AYNÈS, *La cession du contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Paris, Economica, 1984, p. 231.
54. *Ibid.*, pp. 230 et s.
55. L. Aynès regroupe sous cette qualification d'*intuitus personae* extérieur à l'objet du contrat les contrats où la personne du débiteur n'est pas indifférente au créancier. Il cite, à titre d'exemple, les contrats de bail d'habitation, de bail commercial et de bail à ferme, le contrat d'entreprise, le contrat de travail, le contrat de mandat salarié, le contrat de fourniture, le contrat de concession, le contrat de franchise, le contrat d'assurance et le contrat de vente de choses futures. L. Aynès ne les qualifie pas – et les distingue même clairement – des contrats conclus *intuitu personae* (contrats où l'*intuitus personae* constitue un élément de leur structure). On remarque d'ailleurs qu'actuellement, les baux ne sont généralement pas qualifiés d'*intuitu personae* en doctrine et en jurisprudence (voy. avec les nuances C. MARR, « Le contrat de location de biens meubles », *G.U.J.E.*, liv. 39, 2009, pp. 40, 48 et A. LOMBART et P.-A. CHABOT, « Conséquence d'une restructuration d'entreprises sur les baux et contrats assimilés », *Rev. prat. imm.*, 2009, p. 187).

l'objet des obligations essentielles du contrat ou dans la cause de celui-ci. L'intervention personnelle du débiteur est tellement essentielle que l'obligation ou le droit ne se conçoit pas sans elle »⁵⁶. On dénombre dans cette catégorie, selon l'auteur, les contrats de prestations d'artiste, le bail à nourriture, la donation, le cautionnement, le commodat, le mandat, le contrat de société, le dépôt gratuit ainsi que l'ensemble des contrats de bienfaisance.

Par contre, dans les seconds, la personnalité est simplement « prise en considération en raison des qualités spécifiques de la personne ; elle joue en ce cas le rôle d'une garantie particulière de l'exécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire le plus généralement, mais aussi éventuellement d'obligations pécuniaires »⁵⁷. Relèvent de cette autre catégorie, d'après P. Van Ommeslaghe⁵⁸, le contrat d'ouverture de crédit, le contrat de compte courant.

Nous n'insisterons pas davantage sur cette question. Si les régimes applicables respectivement à ces deux catégories présentent certaines disparités⁵⁹, la survenance d'une faillite emporte des conséquences pratiquement similaires. Ainsi, les deux types de contrats sont dissous de plein droit par la survenance de la faillite soit de la personne qui constitue l'élément essentiel du contrat – objet ou cause –, soit de la personne à laquelle le cocontractant a entendu accorder une importance particulière⁶⁰.

2. Dissolution de plein droit

21. Nullité, résolution, résiliation ou caducité ? La survenance d'une faillite constitue un mode de dissolution des contrats conclus *intuitu personae*. En quoi consiste cette dissolution ? S'agit-il d'un cas de nullité, de résiliation, de résolution ou de caducité ?

La qualification de nullité peut être immédiatement rejetée. Il n'est nullement question d'un vice originel qui aurait affecté l'accord de volonté intervenu entre le failli et son cocontractant⁶¹. La cause de dissolution que constitue la faillite est postérieure et sans rapport avec la formation du contrat.

56. P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations. Tome 1 : Introduction. Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 135.

57. *Ibid.*, pp. 136-137.

58. P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations. Tome 1 : Introduction. Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 137.

59. Nous renvoyons le lecteur à P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations. Tome 1 : Introduction. Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 137 et s.

60. P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations. Tome 2 : Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 993-994.

61. P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in *La fin du contrat*, Liège, Édition Formation permanente CUP, 2001, p. 17.

Dans la mesure où la dissolution des contrats *intuitu personae* opère de plein droit en cas de faillite, on peut également exclure la qualification de résiliation : aucune des parties ne doit manifester sa volonté de mettre fin au contrat⁶². Reste à trancher entre résolution et caducité. Pour rappel, la résolution, au sens de l'article 1184 du Code civil, est une cause de dissolution, généralement judiciaire, propre aux contrats synallagmatiques qui « s'explique par l'interdépendance des obligations réciproques des parties »⁶³. Le contrat peut être résolu lorsque l'un des cocontractants manque à l'un de ses engagements pour autant que ce manquement soit suffisamment grave pour mériter semblable sanction⁶⁴. La condition résolutoire (art. 1183 C. civ.) constitue également un cas de résolution. La caducité vise, quant à elle, l'hypothèse de la disparition de l'objet ou de la cause du contrat après la formation de celui-ci qui entraîne une impossibilité d'exécution⁶⁵. Cette théorie de la caducité, fer de lance de P.A. Foriers, est désormais reconnue comme principe général de droit par la Cour de cassation malgré le silence du Code civil à son égard⁶⁶. Seule la caducité du contrat par la disparition de son objet est toutefois admise en jurisprudence. La disparition de la cause d'une obligation n'entraîne généralement pas la caducité du contrat⁶⁷. La faillite du débiteur emporte-t-elle la caducité du contrat conclu *intuitu personae* ?

La question prête à discussion : L. Fredericq⁶⁸, Fr. T'Kint et W. Derijcke⁶⁹ parlent de résolution de plein droit des contrats conclus *intuitu personae*,

62. P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations. Tome 2 : Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 993.

63. P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in *Fin du contrat*, Liège, Édition Formation permanente CUP, 2001, p. 32.

64. *Ibid.*, p. 32.

65. P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité d'exécution au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 15-143 ; P. VAN OMMEFLAGHE, *Droit des obligations. Tome 2 : Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 968.

66. Cass., 14 octobre 2004, *Pas.*, 2004, n° 483 ; C. PARMENTIER, *Comprendre la technique de cassation*, J.L.M.B. Opus, n° 8, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 54.

67. A. BOËL, « La caducité », in X., *Les modes d'extinction des obligations autres que le paiement*, Bruxelles, Kluwer, 2008, pp. 85 et s. ; S. NUDELHOLC, « Chronique d'une mort annoncée : la condamnation, par la Cour de cassation, du prétendu principe de la caducité des donations par disparition de leur cause », *Act. dr. fam.*, 2009, p. 155. Voy. également la distinction entre « la cause objective des obligations d'une des parties à un contrat à titre onéreux » et « la cause mobile déterminant » (P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité d'exécution au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 133-136).

68. L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge, t. VII. Faillites et banqueroutes. Sursis de paiement. Concordats judiciaires*, Gand, Fecheyr, 1949, p. 534, n° 360.

69. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n° 223.

P. Wéry⁷⁰ présente la faillite comme une cause d'extinction à part entière, tandis que P.A. Foriers prône une extension de la caducité en raison de la « survenance d'une incapacité d'une des parties pour autant qu'elle rende impossible la poursuite de l'exécution des obligations de celle-ci »⁷¹. Il est permis de s'interroger à cet égard sur la signification que Fr. T'Kint et W. Derijcke donnent à la notion ambiguë de résolution. Visent-ils la résolution du contrat conformément à l'article 1184 du Code civil ou font-ils référence à une condition résolutoire implicite ?

22. Obstacles à la poursuite. La dissolution de plein droit des contrats *intuitu personae* n'est pas sans poser des problèmes pratiques dans le chef des curateurs. Il suffit de penser au curateur qui entend soit entreprendre une poursuite d'activités⁷² conformément à l'article 47 de la loi sur les faillites, soit poursuivre simplement l'exécution de certains contrats dans l'attente de la clôture de la faillite pour les besoins de la liquidation. Il n'est en effet pas cohérent de prétendre poursuivre l'exécution de contrats *intuitu personae* dissous de plein droit par la faillite⁷³. Or, ces contrats peuvent se révéler indispensables à la poursuite des activités et au « bon fonctionnement de l'entreprise »^{74, 75}. Quelles solutions le curateur peut-il apporter face à cette

70. P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in *La fin du contrat*, Liège, Édition Formation permanente CUP, 2001, pp. 30 et s. ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 982 et s.

71. P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité d'exécution au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 189-193 ; P.A. FORIERS, Ch. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », in X., *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 170.

72. P. HENFLING, « La poursuite des activités commerciales. Les dettes de la masse », in X., *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Éditions Collections scientifiques de la Faculté de Droit de Liège, 1998, p. 440.

73. I. Verougstraete prétend toutefois, sans se prononcer sur le mode de dissolution, que « les contrats *intuitu personae* peuvent être poursuivis après la faillite si le cocontractant accepte de poursuivre le contrat avec le curateur » (I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 476). La dissolution de plein droit des contrats conclus *intuitu personae* semble peu compatible avec pareille affirmation. De deux choses l'une : soit, il ne s'agit pas d'un cas de dissolution de plein droit ; soit, le curateur peut-il, tout au plus, négocier la conclusion d'un nouveau contrat avec le cocontractant du failli, qui entraînera la naissance d'une dette de la masse.

74. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, pp. 428-429.

75. Les poursuites d'activités sont généralement justifiées par les raisons suivantes : céder en bloc un fonds de commerce en *going concern* ; réaliser une valeur de goodwill ; mieux valoriser les actifs ; transformer les encours en produits finis ; terminer des commandes en cours ; répondre à une impossibilité d'arrêter les activités ; se prémunir lors d'une opposition ou d'un appel du jugement de faillite ; protéger certaines personnes en raison de motifs sociaux ou humains (ex : éviter les fermetures dramatiques des maisons de retraite) ; éviter les cas problématiques d'occupation d'usines...

difficulté ? L'hypothèse d'une renonciation du cocontractant, postérieurement au jugement déclaratif de faillite, au caractère *intuitu personae* du contrat n'est malheureusement plus possible dans la mesure où le contrat est déjà dissous. Reste alors au curateur à négocier la conclusion d'un nouveau contrat *intuitu personae*. Les négociations se révéleront souvent fort ardues, et ce, d'autant plus que le mot « faillite » effraye et provoque généralement la panique⁷⁶. Partant, bien qu'ils puissent être qualifiés de créanciers de la masse et se trouver en ordre utile, les cocontractants exigeront souvent d'être payés à l'avance ou au comptant. La conclusion d'un nouveau contrat est donc laissée entièrement à la discrétion du cocontractant, tandis que la marge d'action du curateur reste tributaire de la consistance de l'actif et du passif de la faillite.

3. Dissolution de plein droit et autonomie de la volonté

23. Une règle qui échappe à l'ordre public. Le caractère *intuitu personae* des contrats ne touche pas à l'ordre public et n'est pas impératif. Les parties peuvent donc librement y déroger⁷⁷. Partant, il leur est permis d'estampiller leur contrat d'*intuitus personae* par le biais d'une clause spécifique⁷⁸. Le législateur impose parfois aux parties de se prononcer. À ce titre, on peut mentionner l'article 4 de la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial⁷⁹, qui dispose que le document particulier qui doit être rédigé en vue de la conclusion d'accords de partenariat doit comprendre « la mention que l'accord de partenariat commercial est conclu ou non en considération de la personne ».

En outre, sans recourir à la qualification d'*intuitus personae*, les parties sont légitimement en droit de prévoir une condition résolutoire, une clause de

76. Y. BRULART et P. DEMOLIN, *La restructuration des entreprises en difficulté au regard des nouvelles lois du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire et du 8 août 1997 sur la faillite*, Diegem, Ccd.Samsom, 1997, p. 125.

77. B. TILLEMANN, *Bewaargaving en sekswester*, Bruxelles, Kluwer, 2000, p. 27, cité par P. WÉRY, « Les contrats de services gratuits », in B. TILLEMANN et A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten dienstencontracten*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 82, n°24.

78. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 426 ; P. WÉRY, « Les contrats de services gratuits », in B. TILLEMANN et A. VERBEKE (eds.), *Knelpunten dienstencontracten*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 83 ; L. DU JARDIN, « L'*intuitu personae* et la sélection des intermédiaires commerciaux », *R.D.C.*, 2008, p. 921.

79. Loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial, *M.B.*, 18 janvier 2006.

résiliation unilatérale ou un pacte comissoire exprès qui sortira ses effets dans le cas de faillite (*infra*, section 3, B.).

4. Dissolution en vertu de la loi

24. Hypothèses prévues par le législateur. La dissolution de plein droit de contrats conclus *intuitu personae* est parfois prévue spécifiquement par le législateur.

Ainsi, l'article 2003 du Code civil dispose, entre autres, que le mandat finit par la déconfiture soit du mandant, soit du mandataire. On assimile généralement la survenance d'une faillite à un cas de déconfiture⁸⁰.

De manière similaire, l'article 39, 4°, du Code des sociétés prévoit que la société finit par la déconfiture de l'un des associés. Par analogie, la faillite d'un associé constitue également « une cause de dissolution de la société »⁸¹.

Ces deux contrats sont par nature des contrats *intuitu personae*. Les dispositions légales font dès lors double emploi avec les principes ancrés en doctrine et jurisprudence, du moins en ce qui concerne la faillite. L'article 2003 du Code civil apporte toutefois une nouvelle pierre à l'édifice : tant la faillite du mandant que celle du mandataire mettent fin au contrat de mandat. La dissolution du contrat ne se limite pas à la faillite du mandataire, débiteur de l'obligation conclue *intuitu personae*⁸² dont la personnalité est déterminante.

5. Quid de la réclamation de dommages et intérêts suite à la dissolution ?

25. Faillite et inexécution fautive. La faillite est un événement neutre qui ne peut s'assimiler à un manquement contractuel grave permettant de justifier *ipso facto* la résolution du contrat⁸³. La distinction est importante non seulement pour la mise en œuvre d'une clause pénale après faillite⁸⁴ (*infra*,

80. P. WÉRY, *Droit des contrats. Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 309, n° 278 ; M. COPEL, « Sociétés privées à responsabilité limitée », *Rép. not.*, t. XII, liv. 4, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 469, n° 300.

81. D.-B. FLOOR, « Société momentanée », *Rép. not.*, t. XII, liv. 5, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 170, n° 148.

82. P.A. FORIERS, *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation. De la nature des choses à l'équité, de l'impossibilité d'exécution au principe de l'exécution de bonne foi*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 115, nos 111-112.

83. Voy. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte comissoire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 177 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 978.

84. Voy. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 766 ; I. VEROU-STRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 428.

n° 85), mais également pour différencier « condition résolutoire » et « pacte comissoire exprès » (*infra*, n° 35).

26. Dommages et intérêts. Dans la mesure où la faillite ne constitue pas intrinsèquement un manquement grave, le créancier d'une obligation inexécutée d'un contrat conclu *intuitu personae* ne pourra, vu la dissolution de plein droit du contrat et sauf clause contraire, réclamer au failli des dommages et intérêts⁸⁵. Il est donc généralement conseillé au cocontractant d'une convention *intuitu personae* de se prémunir. Il pourra, par exemple, renoncer, dès la conclusion du contrat, à sa dissolution de plein droit et préférer l'insertion d'un pacte comissoire exprès en cas de faillite. Une autre solution consiste à stipuler des clauses dérogatoires au principe selon lequel la dissolution de plein droit n'emporte pas le droit au paiement de dommages et intérêts.

6. Conclusion

27. Conclusion. Face à des contrats conclus *intuitu personae*, le curateur doit redoubler de prudence. Tout d'abord, la notion d'*intuitus personae* est empreinte d'incertitudes. Une certaine insécurité juridique plane lorsqu'il s'agit de qualifier d'*intuitu personae* certains contrats. Le curateur optera, dans l'hypothèse de cas « frontière », pour l'une ou l'autre opinion doctrinale ou jurisprudentielle selon qu'il souhaitera voir ou non le contrat dissous. Il en ira ainsi de même dans le chef du créancier.

Ensuite, les effets de la dissolution de plein droit devront être débattus (*ex tunc* ou *ex nunc*). Le débat sera fonction de l'intérêt que trouvera chacune des parties dans l'une et l'autre solution.

Enfin, en toile de fond, on retrouve des enjeux purement économiques. En effet, la poursuite d'un contrat de franchise, de distribution... est généralement primordiale dans le cadre de la mission du curateur. La situation est d'autant plus délicate que de nombreux contrats sont marqués du sceau de l'*intuitu personae*. En vue de se prémunir contre d'éventuelles contestations, le curateur sera généralement enclin à attendre que se positionne le créancier et, le cas échéant, à négocier et signer de nouveaux contrats avec ce dernier. Le climat ne sera malheureusement pas toujours propice à semblables négociations.

Il est souhaitable que les créanciers anticipent les litiges potentiels en insérant des clauses contractuelles claires et précises. Ces dernières pourront,

85. L. Herve constate en effet qu'il n'y a aucune inexécution fautive ayant précédé la dissolution de plein droit (« Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 429).

par exemple, régler le sort à réserver au contrat en cas de faillite, la détermination de dommages et intérêts... La pratique regorge de possibilités et invite à la créativité : pacte comissoire exprès avec ou sans clause pénale, condition résolutoire, stipulation conférant à un contrat le caractère *intuitu personae*, clause de résiliation anticipée...

B. La condition résolutoire qui opère de plein droit

28. Une deuxième exception au principe de continuité. Une autre technique qui permet de se prévaloir d'une dissolution de plein droit consiste pour les contractants à insérer une condition résolutoire en cas de faillite dans leur convention.

1. Notion

29. Contexte et terminologie. En vue de se prémunir, les parties à un contrat envisagent rarement ce dernier comme un phénomène statique. Au contraire, elles préfèrent anticiper « de manière intelligente et non spéculative »⁸⁶ les différents aléas que l'avenir peut réserver. La présence de nombreuses clauses d'imprévision, d'*anticipatory breach*, de force majeure... dans les contrats en témoigne assurément.

Une autre technique consiste à modaliser une ou plusieurs obligations dans le temps. Ainsi, les parties peuvent subordonner l'exécution ou l'extinction d'une obligation à un événement futur certain ou incertain. On distingue ainsi le « terme » (événement futur dont les parties sont certaines qu'il se produira⁸⁷) de la « condition » (événement futur incertain⁸⁸). C'est à l'article 1168 du Code civil que l'on trouve la définition de la technique de modalisation des obligations que constitue la condition⁸⁹. Une *summa divisio*⁹⁰ quant aux effets de la condition est opérée par le législateur. D'une part, la « condition suspensive » subordonne l'exécution de l'obligation à la survenance de l'événement futur et incertain, d'autre part, la réalisation de la « condition résolutoire » entraîne

l'extinction de l'obligation conformément à l'article 1183 du Code civil. La condition résolutoire est ainsi définie comme un « événement futur et incertain qui entraîne la dissolution de l'obligation qu'il affecte ou la totalité d'un contrat »⁹¹. Il s'agit d'une « modalité d'une obligation qui affecte sa survie »⁹².

30. Caractéristiques et conditions de validité. La condition résolutoire suppose un événement (ou une occurrence) extrinsèque (ou extérieur au rapport de droit)⁹³ et accessoire⁹⁴, futur⁹⁵, incertain⁹⁶. Elle peut être expresse ou tacite pour autant qu'elle soit « manifeste et sans équivoque »⁹⁷.

4

91. P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations. Tome 3 : Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1752, n° 1222. Définition reprise par C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », in X., *Droit des obligations*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2011, p. 194, n° 88.

92. C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », in X., *Droit des obligations*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2011, p. 194, n° 88.

93. Le principe d'*extranéité* prohibe toute condition qui porterait sur un élément essentiel à la formation de la convention, une obligation essentielle dans le chef d'une partie ou encore un effet essentiel du contrat (P.-F. VAN DEN DRIESCHE et S. MENSCHAERT, « Obligations sous condition », in X., *Obligations. Traité théorique et pratique*, III.2.1.-1 – III.2.7.4., Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 19, n° 5 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », in X., *Droit des obligations*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2011, pp. 165-166, n° 14).

94. La condition doit rester une modalité de l'obligation et ne peut consister en l'exécution d'un des éléments caractéristiques ou constitutifs d'un contrat ou d'un acte juridique (S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2009, p. 6, n° 9).

95. La notion d'événement futur renvoie au sens courant et s'apprécie au moment où les parties souscrivent l'obligation. Si l'événement futur s'est déjà réalisé (ou si sa réalisation est déjà exclue définitivement) mais reste inconnu des parties, l'obligation aura son effet au jour où elle a été contractée (I. DURANT et M. CLAVIE, « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 86, n° 8 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », in X., *Droit des obligations*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2011, pp. 164-165, n° 10-11). On se trouvera dès lors, en réalité, soit face à une obligation pure et simple, soit face à aucune obligation.

96. À défaut de satisfaire à cette exigence d'incertitude, la condition sera rebaptisée par le juge. Une question délicate se pose quant à la notion d'incertitude. Cette dernière doit-elle être comprise dans son sens objectif et/ou subjectif ? Tandis que P.-F. Van Den Driesche et S. Menschaert défendent une conception objective de l'incertitude, C. Eyben et J. Acolty prétendent que l'incertitude peut être uniquement subjective. Ils fondent leur position sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 8 septembre 2005 (Cass., 8 septembre 2005, *Pas.*, 2005, p. 1585).

97. P.-F. VAN DEN DRIESCHE et S. MENSCHAERT, « Obligations sous condition », in X., *Obligations. Traité théorique et pratique*, III.2.1.-1 – III.2.7.4., Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 19, n° 7.

86. M. VAN QUICKENBORNE, *Voonvaardelijke verbintenissen*, Malines, Kluwer, 2006, p. 3, n° 4 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2009, p. 5.

87. P.-F. VAN DEN DRIESCHE et S. MENSCHAERT, « Obligations sous condition », in X., *Obligations. Traité théorique et pratique*, III.2.1.-1 – III.2.7.4., Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 19, n° 4.

88. S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2009, p. 3, n° 3.

89. I. DURANT et M. CLAVIE, « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 76, n° 2.

90. *Ibid.*, p. 87, n° 11.

Enfin, les conditions doivent être *possibles* (absence d'existence d'un obstacle matériel ou juridique) et *licites*⁹⁸ (absence de contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs). Les conditions impossibles et illicites sont frappées de nullité et sont susceptibles d'entraîner la nullité des conventions qui les contiennent pour autant que la condition soit une cause impulsive déterminante de la convention^{99, 100}. Sont frappées de nullité relative les conditions impossibles et contraires aux règles impératives, et de nullité absolue les conditions immorales et contraires à l'ordre public¹⁰¹.

31. Distinction au sein des conditions. Il importe de distinguer la condition casuelle, la condition mixte, la condition (simplement) potestative et la condition purement potestative. À ce titre, le recours aux articles 1169 à 1171 du Code civil se révèle d'une grande aide.

La condition casuelle est, selon l'article 1169, celle qui dépend du hasard, et qui n'est nullement au pouvoir du créancier ni du débiteur. La condition mixte, au regard de l'article 1171 du Code civil, dépend tout à la fois de la volonté d'une des parties contractantes et de la volonté d'un tiers. L'article 1170 définit la condition potestative comme celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. On différencie en doctrine, d'une part, la condition simplement potestative, dont la réalisation dépend pour partie de la volonté d'une partie à l'obligation et pour partie des

98. I. DURANT et M. CLAVIE, « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 77 ; P.-F. VAN DEN DRIESCHE et S. MENSCHART, « Obligations sous condition », in X., *Obligations. Traité théorique et pratique*, III.2.1.-1 – III.2.7.4., Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 22, n° 6 ; S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2009, p. 9, n° 10 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », in X., *Droit des obligations*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2011, p. 175, n° 33.

99. P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations. Tome 3 : Régime général de l'obligation. Théorie des preuves*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 1738-1739, n° 1214 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations. Tome 1 : Introduction. Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 352-354, n° 227 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », in X., *Droit des obligations*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2011, p. 176, nos 34-35 ; Cass., 31 octobre 1952, *Pas.*, 1953, I, pp. 110-116.

100. Cette dernière solution dépasse les prétendues contradictions que contenaient les sanctions prévues par les articles 900 et 1172 du Code civil (P.-F. VAN DEN DRIESCHE et S. MENSCHART, « Obligations sous condition », in X., *Obligations. Traité théorique et pratique*, III.2.1.-1 – III.2.7.4., Bruxelles, Kluwer, 2008, p. 22).

101. C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », in X., *Droit des obligations*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2011, p. 176, n° 35.

événements ou d'un tiers déterminé¹⁰² et, d'autre part, la condition purement potestative qui est « tributaire de la seule volonté de l'une des parties »¹⁰³.

32. Résolution de plein droit. Les conditions qui opèrent de plein droit, objets de la présente section, ne visent pas les conditions purement potestatives. Ces dernières nécessitent en effet « une initiative de la partie qui est autorisée à faire usage de cette modalité »¹⁰⁴ pour entraîner la résolution de la convention. On s'interroge également sur l'automatisme qu'on attribue aux conditions résolutoires simplement potestatives : ne pourrait-on pas prétendre que la réalisation de la condition impose également l'initiative d'une partie contractante ? Dans l'affirmative, les conditions simplement potestatives tomberaient également dans la deuxième catégorie d'exceptions, qui regroupe les facultés de résiliation et de résolution (*infra*, section 3). Les auteurs assimilent d'ailleurs généralement le sort à réserver aux clauses de résiliation unilatérale à celui des conditions simplement et purement résolutoires¹⁰⁵.

33. Effets. C'est à l'article 1183 du Code civil qu'il y a lieu de se référer pour connaître les effets de la condition résolutoire. Ces effets diffèrent selon le moment où l'on se place. Trois périodes doivent donc être distinguées à cet égard : les périodes *pendente conditione*, *eveniente conditione* et *deficiente conditione*. Seule la seconde retiendra notre attention. Lorsque la condition se réalise s'ouvre la période *eveniente conditione*. La survenance de la condition résolutoire opère, automatiquement et sans décision des parties, la dissolution du contrat *ex tunc*¹⁰⁶. Les conséquences de cet effet rétroactif peuvent être nombreuses : remboursement des sommes perçues, remise des choses dans leur pristin état, restitutions réciproques, absence de possibilité de se prévaloir de l'acte dissous... Toutefois, plutôt qu'une rétroactivité radicale telle qu'on la connaît en matière de nullité, la doctrine prône l'application d'une rétroactivité restreinte obéissant à des règles propres¹⁰⁷.

34. Interprétation. Aux termes de l'article 1175 du Code civil, « Toute condition doit être accomplie de la manière que les parties ont vraisemblablement voulu et entendu qu'elle le fût ». Cette règle d'interprétation propre

102. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, p. 972, n° 996.

103. *Ibid.*, p. 972, n° 996.

104. *Ibid.*, p. 972, n° 996.

105. P. KILESTE, « Quelques réflexions sur la licéité des conditions résolutoires expresses en matière de concession de vente exclusive à durée indéterminée », *R.D.C.*, 1990, p. 720, n° 10 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, pp. 972-974, nos 997, 999.

106. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, p. 968, n° 990.

107. Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 247-252, nos 167-168 ; I. DURANT et M. CLAVIE, « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 126-128, nos 56-58.

aux obligations conditionnelles réitère le principe de droit commun d'interprétation des clauses contractuelles prévu à l'article 1156 du Code civil. Il importe non pas de s'arrêter au sens littéral des termes, mais de rechercher la commune intention des parties.

L'articulation des articles 1175 et 1176 du Code civil pose des difficultés face aux conditions stipulées sans détermination de délai ¹⁰⁸.

2. Condition résolutoire et pacte commissaire exprès

35. Un concept étranger au pacte commissaire exprès. Malgré la proximité des articles 1183 et 1184 du Code civil et les ambiguïtés terminologiques qu'ils contiennent, les concepts de condition résolutoire et de pacte commissaire exprès doivent être clairement distingués. D'une part, la condition résolutoire, abordée par l'article 1183, est une modalité de l'obligation, un événement futur et incertain qui, s'il se réalise, entraîne l'extinction de l'obligation ¹⁰⁹. D'autre part, le pacte commissaire exprès est une clause contractuelle qui vise à « sanctionner, (...) par la résolution, un manquement fautif du débiteur dans l'exécution de ses obligations » ¹¹⁰. Nous reviendrons dans le cadre de cette contribution sur le pacte commissaire exprès comme « moyen pour les contractants de se prémunir contre les défaillances qui viennent modifier l'équilibre et la réciprocité des prestations » ¹¹¹ (*infra*, section 3, B.).

36. Critères de distinction. Le pacte commissaire exprès se distingue en bien des aspects de la condition résolutoire. Un des critères-clés en la matière reste l'inexécution fautive du contrat ¹¹². Alors même qu'un manquement contractuel est inhérent à la notion de résolution, la condition

résolutoire se veut totalement étrangère à cette idée de sanction contractuelle ¹¹³. Partant, en présence d'une condition résolutoire, des dommages et intérêts ne pourront être réclamés en sus de la dissolution du contrat ¹¹⁴. De même, les parties ne seront nullement tenues de respecter l'exigence d'une mise en demeure préalable. À l'inverse, face à un pacte commissaire exprès, non seulement le créancier sera bien inspiré de réclamer des dommages et intérêts supplémentaires (via le mécanisme d'une clause pénale par exemple), mais, en outre, il devra se plier à l'exigence d'une mise en demeure avant d'invoquer le bénéfice de la clause ¹¹⁵.

À côté de cette différence fondamentale, on retrouve un autre critère. Tandis que le pacte commissaire exprès nécessite un choix du créancier, une manifestation de volonté, la condition résolutoire opère de plein droit et automatiquement ^{116, 117}. L'invocation d'un pacte commissaire exprès impliquera également une obligation de motivation dans le chef du créancier.

Les particularités propres aux deux clauses ne doivent toutefois pas occulter le point commun de ces dernières. En effet, tant le pacte commissaire exprès que la condition résolutoire opèrent *ex tunc* ¹¹⁸. Ce caractère rétroactif a toutefois été tempéré par la doctrine et la jurisprudence ¹¹⁹.

108. Voy. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Modalités probatoires relatives à la réalisation de la condition suspensive dans la vente d'immeuble », in *Liber amicorum Paul Deluoy*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 501-512 ; M. VAN QUICKENBORNE, « Libre propos sur la défaillance de la condition suspensive », note sous Cass., 25 mai 2007, *R.C.J.B.*, 2009, pp. 292-324.

109. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 170 ; I. DURANT et M. CLAVIE, « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 118, n° 48.

110. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 170.

111. Fr. T'KINT et P. COPPENS, « La clause résolutoire et la clause de réserve de propriété dans le contrat de vente », *R.R.D.*, 1979, p. 887.

112. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 176.

113. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 176 ; I. DURANT et M. CLAVIE, « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 120, n°49 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, pp. 966 et s.

114. C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », in X., *Droit des obligations*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2011, p. 198, n° 98.

115. V. PIRSON, « Les clauses relatives à la résolution des contrats », in X., *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2001, pp. 97-98, n° 6 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 967-968, n° 990.

116. Voy. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, pp. 171, 176 et s. ; V. WATERKEYN, « L'emphytéose et les clauses et conditions résolutoires », note sous Cass., 30 mars 2006, *R.G.D.C.*, 2008, pp. 93-94, n° 6 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire. Commentaire des articles 1168 à 1184 du Code civil », in X., *Droit des obligations*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2011, pp. 197-199.

117. La condition purement potestative voire la condition simplement potestative n'opèrent cependant pas de plein droit et imposent une initiative d'une des parties contractantes. Voy. *supra*, n° 32.

118. Voy. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 964-975.

119. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 967, n° 989.

37. Quid de la validité d'une condition portant sur l'inexécution d'une obligation ? La question est pertinente. Elle n'a d'ailleurs pas échappé à M. Clavie et I. Durant¹²⁰. Ces auteurs ont décidé d'en revenir à l'étude du Code civil afin de vérifier si la validité de semblables clauses n'avait pas été consacrée dans ce dernier¹²¹. L'analyse de la vente avec arrhes et de la vente à réméré s'est révélée judicieuse. Leur conclusion est la suivante : « Au départ de ces deux exemples, on voit que le simple changement d'avis non motivé dans le chef d'une partie contractante peut constituer, en tant qu'évènement futur et incertain, une condition résolutoire, moyennant le cas échéant, un certain coût. Il pourrait être justifié par la crainte d'une inexécution fautive ou en raison d'une inexécution consommée. Pourquoi, dès lors, ne pourrait-on accepter que l'inexécution ou tout autre évènement susceptible d'influer négativement sur l'exécution, ne soit érigé en condition-modalité ? Si un contractant peut se délier d'une vente "s'il change d'avis", pourquoi ne pourrait-il s'en voir délié si telle ou telle obligation n'est pas exécutée et que les choses ne se passent pas comme souhaité (non-passation de l'acte authentique ou non-paiement du prix par exemple ?) »¹²². La question reste ouverte, il serait prématuré, à ce stade, de vouloir y apporter une réponse définitive. Gageons qu'elle pourra inspirer les plaideurs désireux de voir appliquer à une clause le régime de la condition résolutoire bien qu'elle porte, *in casu*, sur l'inexécution d'une obligation.

38. Opération de qualification. L'opération de qualification juridique reste un travail rigoureux qui peut se révéler fort complexe. Les clauses vagues, susceptibles d'interprétations multiples, voire contradictoires, foisonnent. Dès lors, quelle démarche adopter en vue d'éviter toute confusion entre les concepts et d'attribuer aux faits l'étiquette juridique appropriée ?

D'aucuns, dont M.-Cl. Ernotte, privilégient le critère de l'inexécution fautive : « c'est (...) le critère de l'inexécution fautive du contrat qui permet de distinguer ces deux notions. Alors qu'elle constitue par essence l'évènement qui est susceptible de déclencher le jeu du pacte comissoire, elle est au contraire nécessairement exclue de la condition de droit commun qui

120. I. DURANT et M. CLAVIE, « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 123, n° 52.

121. *Ibid.*, pp. 123 et s.

122. *Ibid.*, p. 124, n° 52.

demeure en effet une simple modalité de l'obligation et ne peut dès lors porter sur un élément essentiel quant à la naissance ou aux effets du contrat »¹²³.

M. Clavie et I. Durant estiment plutôt que « c'est bien le caractère automatique de la révocation qui permet de distinguer la condition résolutoire de la clause résolutoire »¹²⁴. M. Vanwijck-Alexandre estime, quant à elle, que « si cet effet automatique est un trait essentiel de la condition résolutoire, en revanche, le caractère optionnel du pacte comissoire exprès, tout en étant un élément de différenciation significatif, n'est pas nécessairement décisif. Les parties pourraient prévoir la résolution *ipso facto* du contrat par le seul fait de l'inexécution du débiteur »¹²⁵.

Outre l'analyse objective de la clause au regard des critères de distinction (analyse qui pourrait diverger selon que l'on privilégie l'une ou l'autre thèse doctrinale), il est souvent conseillé de se baser sur la règle d'interprétation prévue à l'article 1175 du Code civil et d'en revenir à la volonté réelle des parties. Pour ce faire, les indices à récolter sont les suivants : intitulé de la partie sous laquelle se situe la clause, existence de dommages et intérêts, clause pénale, option ouverte au créancier¹²⁶, etc. La volonté des parties doit-elle être comprise comme un « critère psychologique » ou comme un « critère téléologique »¹²⁷ ? Avant de récolter des indices, il serait judicieux de s'accorder sur les critères à appliquer.

39. Incidence de la distinction. S'interroger sur les critères de distinction des deux types de clauses, c'est déjà partiellement répondre à la question de leur incidence pratique. Ainsi, en présence d'une condition résolutoire non potestative, il serait incohérent de permettre au créancier de réclamer des dommages et intérêts ou de lui imposer de notifier sa volonté par un acte

123. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte comissoire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 176.

124. I. DURANT et M. CLAVIE, « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 124, n° 52.

125. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution. Les clauses d'"anticipatory breach" ou d'"inexécution anticipée" », in P. WÉRY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2001, p. 221.

126. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte comissoire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, pp. 180-181.

127. Voy. I. DURANT et M. CLAVIE, « La vente conditionnelle, bien plus qu'une abréviation de langage », in *La mise en vente d'un immeuble. Hommage au Professeur Nicole Verheyden-Jeanmart*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 121, n° 49.

unilatéral réceptice. À l'inverse, le créancier d'une obligation fautivement inexécutée devra faire preuve de diligence par l'envoi d'une mise en demeure et la notification de sa volonté de mettre en œuvre le pacte commissaire.

En outre, la qualification de ces clauses n'est pas dénuée d'intérêt au regard des nombreuses restrictions et interdictions légales (*infra* n° 45 et s.).

3. Condition résolutoire et faculté de résiliation

40. Un concept distinct de la faculté de résiliation unilatérale. La clause de résiliation unilatérale, appelée aussi clause de dédit, offre à une partie la possibilité de rompre le contrat par sa seule volonté et en dehors de toute idée de faute¹²⁸. Via ce mécanisme conventionnel, les parties dérogent à l'art. 1134, alinéa 2, du Code civil, qui prévoit que les conventions ne pourront être révoquées que du consentement mutuel des parties¹²⁹.

La faculté de résiliation unilatérale et la condition résolutoire ont en commun d'être « totalement étrangères à toute inexécution fautive de la part du contractant »¹³⁰. Elles ne sont donc soumises à aucune obligation de motivation (sauf si les parties le prévoient), n'exigent pas de mise en demeure et ne peuvent donner lieu à la réclamation de dommages et intérêts¹³¹. Bien qu'ils partagent ces dernières caractéristiques, ces concepts divergent sensiblement quant à leur mise en œuvre et leurs effets. La clause de résiliation anticipée nécessite une décision des parties et ne sortira ses effets que pour l'avenir¹³². À l'inverse, la condition résolutoire opère de plein droit et entraîne la dissolution *ex tunc* du contrat¹³³. Comme nous l'avons déjà

128. P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in *La fin du contrat*, Liège, Édition Formation permanente CUP, 2001, p. 26 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 964, n°s 986-987 ; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », in X., *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 165.

129. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 964, n°s 986-987 ; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », in X., *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 165, n° 10.

130. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 967-968, n° 990.

131. *Ibid.*, pp. 967-968, n° 990.

132. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 967-968, n° 990 ; P.A. FORIERS et Ch. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », in X., *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 165, n° 10.

133. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 967-968, n° 990.

mentionné, cette dissolution de plein droit ne peut toutefois pas s'appliquer aux conditions résolutoires purement, voire simplement, potestatives.

4. Enjeux

41. Présentation. Le régime juridique applicable aux conditions résolutoires, aux pactes commissaires exprès et aux clauses de résiliation n'est pas uniforme. Les différences relevées entre ces différents concepts ne sont pas uniquement théoriques. Leurs qualifications juridiques renvoient chacune à des dispositions spécifiques qui ne sont pas applicables à toutes les clauses.

Faut-il étendre l'application de certaines dispositions qui prohibent certaines clauses à l'ensemble des clauses susmentionnées ? Où tracer la frontière entre les différents domaines d'application ?

Avant d'y répondre, il importe d'opérer un travail rigoureux de qualification juridique, ce qui n'est pas évident dans le cadre d'une faillite.

42. Les clauses portant sur la faillite d'une des parties contractantes. Comme le précise le Professeur Wéry, « il est fréquent que les clauses destinées à mettre fin au contrat lient sa disparition à la survenance de certains événements objectifs »¹³⁴.

M. Vanwijck-Alexandre regroupe ces dernières sous les quatre hypothèses reproduites ci-après :

« a) Les faits liés à la situation financière du débiteur (faillite, concordat amiable ou judiciaire, cessation de paiement, protestation d'une lettre de change, saisie...)

b) Les parties prennent également en considération des faits concernant la cessation ou la modification des activités du débiteur ou la transformation de la société débitrice (fusion, scission, cession, restructuration...)

c) Les clauses prévoient parfois la fin des relations contractuelles au cas où est ébranlée la confiance des parties entre elles. La clause énoncera des faits précis ou retiendra une formule générale ou empruntera aux deux techniques

d) D'autres clauses, que l'on pourrait faire jouer avant l'échéance, s'apparentent aux clauses de "hardship" dans la mesure où elles prennent en considération des événements qui bouleversent l'environnement contractuel »¹³⁵.

134. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 977, n° 1006.

135. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution. Les clauses d'"anticipatory breach" ou d'"exécution anticipée" », in P. WÉRY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2001, pp. 216-218.

Les clauses liées à la situation financière du débiteur, et plus précisément, celles qui portent sur la survenance d'une faillite dans le chef du cocontractant, ne reçoivent pas de qualification uniforme et définitive.

Dans une optique purement objective, la faillite en tant qu'évènement neutre peut constituer l'objet d'une *condition résolutoire* et opérer la résolution de plein droit de la convention ¹³⁶.

Rien n'empêchera également qu'une « clause prévoyant la dissolution pour le cas de faillite puisse s'analyser en une *condition résolutoire potestative* » ¹³⁷.

Analysée comme un manquement contractuel par les parties, la faillite pourrait faire l'objet d'un *pacte commissaire exprès* ¹³⁸. Rappelons toutefois à cet égard que la faillite n'engendre pas *ipso facto* de manquements contractuels. Les obligations découlant du contrat peuvent être exécutées par le curateur malgré la survenance de la faillite. Comme le souligne M.-Cl. Ernotte, « il est tout à fait possible que le débiteur ait continué à honorer certains engagements jusqu'à la déclaration de faillite, et que par après, le curateur en poursuive l'exécution » ¹³⁹. Gardons également à l'esprit la controverse relative à la validité d'une condition portant sur une inexécution (*supra*, n° 37).

La faillite pourra aussi être envisagée comme un évènement octroyant aux parties une *faculté de résilier* le contrat ¹⁴⁰. Dans cette hypothèse, un acte unilatéral du cocontractant devra être posé en vue de la dissolution du contrat.

Enfin, M. Vanwijck-Alexandre rappelle à juste titre que « l'intuitu personae » pourra également être prédominant dans l'explication de la clause ¹⁴¹. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle invite à ne « pas céder trop vite à la tentation » d'envisager des clauses prévues pour le cas de faillite dans une « optique résolution-sanction » ¹⁴².

On l'a bien compris, la nature des clauses prévues pour les cas de faillite ne sera pas aisée à déterminer en pratique. Les critères dégagés par la doctrine

136. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 978, n° 1007. Voy. Prés. Comm. Charleroi, 26 février 2001, *R.D.C.*, 2002, pp. 69 et s.

137. *Ibid.*, p. 978, n° 1007.

138. *Ibid.*, p. 978, n° 1007.

139. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 177.

140. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, p. 978, n° 1007.

141. M. VANWIJCK-ALEXANDRE, « Les clauses relatives à la prévision de l'inexécution. Les clauses d' "anticipatory breach" ou d' "inexécution anticipée" », in P. WÉRY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2001, p. 224, n° 28.

142. *Ibid.*, p. 224, n° 28.

et rappelés ci-avant (*supra*, n° 38) pour distinguer les concepts n'appelleront pas nécessairement de solution unique et exempte de critiques.

43. Examen de jurisprudence. On relève en jurisprudence quelques litiges où la qualification d'une clause stipulée pour le cas de faillite fut sujette à discussion :

- la cour d'appel de Liège fut ainsi confrontée à la clause suivante : « en cas de faillite ou de liquidation des biens, ou de règlement judiciaire, la résiliation aura lieu de plein droit à l'expiration du trimestre pendant lequel la faillite ou la liquidation aura été déclarée ». Dans son arrêt du 24 septembre 1986 ¹⁴³, elle analysa cette dernière comme une condition résolutoire simplement potestative. Selon la cour, la rédaction de la clause « est telle qu'elle exclut, sans conteste, toute notion d'inexécution de la convention » ¹⁴⁴. D'aucuns avancent toutefois que la qualification de pacte commissaire aurait été plus adéquate ¹⁴⁵ ;
- le tribunal de commerce de Charleroi ¹⁴⁶ qualifia de condition résolutoire la clause qui stipule que « la ville se réserve le droit de résilier le bail par anticipation en cas de faillite, concordat, mise en liquidation judiciaire ou dissolution de la S.A. Invest ». La cour d'appel de Mons ¹⁴⁷ confirma cette qualification dans la mesure où elle ne faisait pas l'objet de contestations entre les parties à la cause. Comment expliquer la qualification de condition résolutoire face à une faculté offerte aux parties, faculté qui nécessite une décision des parties et qui n'opère dès lors pas automatiquement ? Pourquoi ne pas simplement revenir au principe selon lequel la condition résolutoire simplement potestative nécessite une décision de son bénéficiaire ¹⁴⁸ ? ;
- la Cour de cassation ¹⁴⁹ fut saisie d'un litige relatif à un contrat qui comportait la clause suivante : « En cas de faillite, de concordat volontaire ou

143. Liège, 4 septembre 1986, *J.L.M.B.*, 1988, pp. 168-170, note M.-Cl. ERNOTTE.

144. Liège, 4 septembre 1986, *J.L.M.B.*, 1988, pp. 168-170, note M.-Cl. ERNOTTE.

145. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 180 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 979-980, n° 1009.

146. Comm. Charleroi, 19 mars 1996, *Rev. not.*, 1996, p. 279.

147. Mons, 4 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 444.

148. Voy. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 972, n° 996.

149. Cass., 30 mars 2006, *R.G.* n° C.04.0486.N, *Pas.*, 2006, p. 720, *R.W.*, 2006-2007, p. 678, note K. VANHOVE, *R.G.D.C.*, 2008, liv. 2, p. 88, note V. WATERKEYN, *T.B.O.*, 2006, liv. 4, p. 165, note S. SNAETS, *T. Not.*, 2008, liv. 2, p. 97, note V. SAGAERT et M. SOMERS.

judiciaire, de banqueroute, d'annulation ou de liquidation de l'emphytéose, le bailleur peut, s'il le veut, mettre fin au contrat, sans congé, par lettre recommandée à la poste ». Tel que rédigé, le moyen n'obligeait pas la Cour à se prononcer sur la nature juridique de la clause. La Cour préféra, sans opérer de détour et de choix entre les deux qualifications juridiques de condition résolutoire et pacte commissaire, trancher immédiatement la question de la validité de la clause au regard de l'article 2 de la loi sur 10 janvier 1824 (*infra*, n° 47).

Un constat s'impose : actuellement, la jurisprudence n'est pas encore fixée sur la nature des clauses prévues pour les cas de faillite. À tout le moins peut-on simplement relever de nombreux cas où la qualification de condition résolutoire a été retenue.

44. Controverse doctrinale. La majeure partie de la doctrine traditionnelle analyse les clauses stipulées pour le cas de faillite en un pacte commissaire exprès¹⁵⁰. Les raisons qui sous-tendent cette position restent toutefois diverses. Par exemple, si Cloquet¹⁵¹ se présente comme partisan de la qualification de pacte commissaire exprès, c'est parce qu'il estime que la clause ne peut jouer de plein droit. Pour d'autres auteurs, tels J. Van Ryn et J. Heenen¹⁵², cette qualification est tirée du fait que le failli aurait droit en toutes hypothèses à la réparation du préjudice causé par la résolution. Pour P.H. Delvaux¹⁵³, la qualification découle du fait que cette clause vise à prémunir les parties contre une inexécution possible.

150. Voy. *contra* H. De Page, qui, en acceptant la licéité d'une clause prévue en cas de faillite en matière de bail, attribuait implicitement à cette dernière la qualification de condition résolutoire (cité par M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 179).

151. CLOQUET, « Les concordats et la faillite », *Novelles, Droit commercial*, t. IV, n° 1463, cité par M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 178.

152. J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1965, p. 323.

153. P.H. DELVAUX, « les clauses résolutoires expresses et les clauses aménageant l'exception d'inexécution », in *La rédaction des conditions générales contractuelles*, actes du colloque organisé à Louvain-la-Neuve le 16 novembre 1984, pp. 100 et 107, cité par M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 178.

Une autre tendance, toutefois, tend à s'imposer¹⁵⁴. La solution prônée, bien qu'elle puisse également aboutir à la qualification de pacte commissaire exprès, est beaucoup moins tranchée. Il s'agit d'en revenir à la volonté commune des parties au moyen de divers indices rencontrés dans le contrat. À cet égard, M.-Cl. Ernotte¹⁵⁵ constate que les parties envisagent généralement la faillite comme « un évènement susceptible d'avoir directement une incidence sur l'exécution du contrat » qui engendre « une crainte légitime d'inexécution ». S. Stijns¹⁵⁶ se montre davantage favorable à la qualification de condition résolutoire expresse. Cette dernière cédera néanmoins le pas à la qualification de pacte commissaire « indien uit de bedoeling van de partijen blijkt dat zij zich met dergelijk beding willen beschermen tegen een mogelijk wanprestatie en zij daarom een buitengerechtigde ontbindingsmogelijkheid willen verlenen aan de schuldeiser »^{157, 158}. P. Wéry fait également sienne cette volonté d'en revenir à la volonté réelle des parties lorsqu'il déclare que la qualification des clauses « dépend du contexte dans lequel elles s'inscrivent et tout spécialement de l'intention commune des parties »¹⁵⁹.

La position d'I. Verougstraete ainsi que celle de W. Derijcke et Fr. T'Kint restent plus difficiles à saisir. Le premier soutient que « ce genre de clause peut être interprété, *selon son libellé*¹⁶⁰, comme une condition résolutoire simple, soit comme un pacte commissaire exprès »¹⁶¹, tandis que les seconds parlent

154. Voy. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 180 ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 582-583, cité par P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 978.

155. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte commissaire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 181.

156. S. STIJNS, « Uitdrukkelijk ontbindende bedingen, ontbindende voorwaarden en vervangingsbedingen », in X., *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 107-108.

157. *Ibid.*, pp. 107-108, n° 56.

158. Traduction libre : « s'il ressort de l'intention des parties qu'elles ont voulu, avec cette clause, se protéger contre un possible manquement et ont voulu, pour cette raison, accorder au créancier une possibilité de résolution extrajudiciaire ».

159. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 978, n° 1007.

160. Et non selon l'intention commune des parties, comme on aurait pu le penser au vu des développements doctrinaux récents.

161. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 477, n° 3.4.2.11.

uniquement de « résolution de plein droit » sans plus de précision¹⁶². Quant à A. Zenner¹⁶³, il se contente de rappeler que la clause peut être constitutive d'un pacte comissoire exprès ou d'une condition résolutoire sans prendre parti clairement en faveur de l'une ou l'autre qualification.

On le voit, la qualification d'une clause libellée spécifiquement pour les cas de faillite n'emporte pas de réponse unique et définitive, raison pour laquelle les praticiens se trouvent souvent envahis par le doute quand ils s'interrogent sur sa mise en œuvre, ses effets et les dispositions qui la régissent.

5. Régimes juridiques applicables aux différentes clauses¹⁶⁴

45. L'article 1762bis du Code civil. L'article 1762bis du Code civil dispose que « La clause résolutoire expresse est réputée non écrite ». Cette disposition s'applique à l'ensemble des baux à loyer y compris les baux commerciaux¹⁶⁵. Elle ne vise toutefois que les locations immobilières et exclut de son champ d'application les baux sur les meubles¹⁶⁶. La prohibition porte sur l'ensemble des *pactes comissoires exprès*, peu importe qu'ils soient stipulés au détriment de l'une ou de l'autre partie¹⁶⁷.

162. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 216, n° 223.

163. A. ZENNER, *Dépistage, faillites et concordats*, Bruxelles, Larcier, 1998, pp. 487-488, n° 666.

164. La présente contribution se limite à l'analyse de la validité des clauses et non de leur opposabilité. Voy. concernant l'opposabilité des garanties conventionnelles : A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *J.T.*, 2004, pp. 881-890. L'opposabilité des garanties conventionnelles est actuellement en pleine évolution. On constate d'ailleurs une certaine tendance à reconnaître leur opposabilité en cas de concours (voy. C. ALTER, « Questions choisies en droit de la faillite », in X., *Le créancier face à l'insolvabilité du débiteur*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 145-158 ; Ch. BIQUET-MATHIEU et Fr. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », in X., *Les espaces de liberté en droit des affaires*, séminaire organisé à l'occasion du 50^e anniversaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 61-137). Seul le cas spécifique de la vente sera abordé (*infra*, n° 84).

165. Liège, 3 février 1933, *Pas.*, 1933, II, p. 148 ; V. PIRSON, « Les clauses relatives à la résolution des contrats », in X., *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, 2001, p. 130, n° 43 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, p. 980.

166. V. PIRSON, « Les clauses relatives à la résolution des contrats », in X., *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, 2001, p. 130 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, p. 980, n° 1009.

167. Cass., 24 mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, pp. 765-766. V. PIRSON (« Les clauses relatives à la résolution des contrats », in X., *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, 2001, p. 130) estime toutefois la solution discutable dans la mesure où la loi tend essentiellement à protéger le preneur. M.-Cl. Ernotte considère que « le droit d'invoquer la nullité du pacte comissoire ou d'y renoncer (...) paraît devoir lui (le preneur) être réservé à l'exclusion du bailleur » (M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte comissoire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 174).

Qu'en est-il toutefois de l'application de cette interdiction aux conditions résolutoires et aux facultés de résiliation unilatérale ? Selon M.-Cl. Ernotte, d'après les travaux préparatoires de la loi du 30 mars 1931, la prohibition « demeure étrangère à la simple *condition résolutoire* de droit commun, laquelle pourra pleinement sortir ses effets »¹⁶⁸. Quant aux *clauses de résiliation*, elles sont autorisées pour autant qu'elles ne dérogent pas aux dispositions impératives et d'ordre public.

Les cours et tribunaux ont eu l'occasion de se pencher sur la validité d'une clause stipulée dans un contrat de bail pour le cas de faillite. En qualifiant la clause de condition résolutoire, la cour d'appel de Liège, dans son arrêt du 24 septembre 1986¹⁶⁹, élude la problématique du pacte comissoire exprès et confirme que le champ d'application de l'article 1762bis ne s'étend pas aux conditions résolutoires.

46. Les clauses abusives prohibées par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur. L'ancienne loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection des consommateurs¹⁷⁰ visait à protéger ces derniers dans leurs relations contractuelles avec les professionnels. Une myriade de clauses qui venaient conforter de manière excessive la position des professionnels avaient en effet fait progressivement leur apparition au sein des contrats. La loi du 6 avril 2010¹⁷¹ est venue abroger et remplacer l'ensemble de ces règles impératives. Les conditions résolutoires, pactes comissoires et clauses de résiliation unilatérale y sont également réglementés.

La validité des conditions résolutoires et des pactes comissoires exprès stipulés pour les cas de faillite n'est pas abordée par ces articles. D'une part, vu la qualité de commerçant du failli, le curateur ne pourra se prévaloir de la nullité d'une clause au regard de la loi du 6 avril 2010. D'autre part, non seulement les clauses prévues pour les cas de faillite (entendons pacte comissoire, condition résolutoire et clause de résiliation) ne sont pas frappées de nullité par la loi, mais, en tout état de cause, le cocontractant n'a souvent en pratique pas d'intérêt à poursuivre la nullité d'une clause qui prévoirait la dissolution du contrat en cas de faillite.

168. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte comissoire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 174.

169. Liège, 4 septembre 1986, *J.L.M.B.*, 1988, pp. 168-170, note M.-Cl. ERNOTTE.

170. *M.B.*, 29 août 1991.

171. *M.B.*, 12 avril 2010.

Certains articles présenteront toutefois un intérêt en présence de clauses qui limiteraient les droits du cocontractant du failli de résoudre, de résilier ou de réclamer des dommages et intérêts en cas de faillite. On pense par exemple à l'article 74, 7° (ancien article 32, 6°), à l'article 74, 8° (ancien article 32, 7°), à l'article 74, 12° (ancien article 32, 10°), à l'article 74, 22° (ancien article 32, 19°) et à l'article 74, 30° (ancien article 32, 27°).

47. La loi du 10 janvier 1824¹⁷². L'article 2 de la loi du 10 janvier 1824 dispose que « L'emphytéose ne pourra être établie pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf ans, ni au-dessous de vingt-sept ans ». Conformément à l'article 17 de la même loi, la durée de la convention d'emphytéose est impérative.

Ainsi, les parties ne peuvent prévoir une convention d'une durée inférieure à vingt-sept ans sous peine de requalification¹⁷³ voire de prolongation du terme¹⁷⁴.

Dans son arrêt du 30 mars 2006¹⁷⁵, la Cour de cassation fut saisie de la question suivante : la clause qui prévoit que l'emphytéose pourra prendre fin, même avant l'expiration du terme minimum de vingt-sept ans, en cas de procédure en constatation d'insolvabilité ou en dissolution de la personne morale qui est l'emphytéote est-elle contraire à l'article 2 de la loi du 10 janvier 1824 ? La Cour y répondit par la négative. Il est malheureusement difficile de tirer des conclusions précises de l'arrêt. En éludant la question de la nature juridique de la clause soumise à son appréciation, la Cour laisse ouverte la question de la validité des conditions résolutoires, facultés de résiliation et pactes commissaires insérés dans une convention de bail emphytéotique.

On trouve également dans la jurisprudence plus ancienne un jugement du tribunal civil de Tournai¹⁷⁶. Ce dernier, confronté à une clause de résiliation

172. Loi du 10 janvier 1824 relative au droit d'emphytéose, *M.B.*, 10 janvier 1824.

173. F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. VIII, Bruxelles, Bruylant, 1887, p. 448, n° 368 ; V. VAN DEN HASELKAMP-HANSENNE, « L'emphytéose », in *Guide de droit immobilier*, Bruxelles, Kluwer, I.18.1-1 ; R. CARTON DE TOURNAI, A. MERTENS DE WILMARS et J. CHARLIER (mis à jour par Fr. HAUMONT), « Emphytéose – Superficie – Leasing immobilier », *Rép. not.*, t. II, liv. VI, 1980, n° 17 ; R. DERINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, d. II, B, Gent, Story-Scientia, 1984, p. 855, cités par A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN et H. VANGINDERTAELE, « Les biens », *Rép. not.*, t. II, liv. VI, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 83, n° 21.

174. A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN, H. VANGINDERTAELE, « Les biens », *Rép. not.*, t. II, liv. VI, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 83-84, n° 22.

175. Cass., 30 mars 2006, R.G. n° C.04.0486.N, *Pas.*, 2006, p. 720, *R.W.*, 2006-2007, p. 678, note K. VANHOVE, R.G.D.C., 2008, p. 88, note V. WATERKEYN, T.B.O., 2006, p. 165, note S. SNAETS, *T. Not.*, 2008, p. 97, note V. SAGAERT et M. SOMERS.

176. Civ. Tournai, 31 mars 1931 (*Jouret et de Veyrac c. Vandeveldt*), cité in R.P.D.B., v° *Emphytéose*, n° 11 (voy. A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN, H. VANGINDERTAELE, « Les biens », *Rép. not.*, t. II, liv. VI, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 83, note 4).

anticipée, requalifia le bail emphytéotique en bail ordinaire. On ne se risquera toutefois pas à une comparaison avec l'arrêt rendu par notre Cour suprême. Le laps de temps écoulé entre les décisions impose d'être circonspect.

L'insertion d'un *pacte commissaire exprès* est généralement admise en doctrine¹⁷⁷ et en jurisprudence¹⁷⁸ au regard du principe de l'autonomie de la volonté et du caractère supplétif de la loi¹⁷⁹. H. De Page¹⁸⁰ adopte néanmoins une position divergente. Il soutient que l'article 15 de la loi du 10 janvier 1824 et l'article 1762bis du Code civil font obstacle à l'insertion d'un *pacte commissaire exprès*. Cette vision ne semble guère pouvoir être suivie. D'une part, le champ d'application de l'article 1762bis doit être interprété strictement¹⁸¹ et ne peut être étendu au bail emphytéotique, qui, au contraire du bail de droit commun, confère un droit réel au preneur¹⁸². D'autre part, l'argument suivant lequel le *pacte commissaire exprès* viendrait briser le mécanisme de déchéance de l'article 15 de la loi ne convainc pas¹⁸³.

Le sort de la *faculté de résiliation* ne semble pas non plus faire l'objet d'innombrables discussions. Conformément à la décision rendue par le tribunal civil de Tournai, l'article 2 de la loi du 1^{er} janvier 1824 prohibe la stipulation de pareille possibilité.

Quant à la *condition résolutoire*, elle reste sujette à discussion. La jurisprudence est de tout temps restée divisée. Tandis qu'en 1951, la justice de paix de Liège¹⁸⁴ condamnait pareille clause, le tribunal de commerce de Liège¹⁸⁵,

177. A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN, H. VANGINDERTAELE, « Les biens », *Rép. not.*, t. II, liv. VI, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 121, n° 102 ; V. SAGAERT et M. SOMMERS, « Erfpacht, ontbinding en faillissement : een complexe trilogie », *T. Not.*, 2008, pp. 83-84 ; V. WATERKEYN, « L'emphytéose et les clauses et conditions résolutoires », note sous Cass., 30 mars 2006, R.G.D.C., 2008, p. 94, n° 12.

178. Voy., sans que la qualification de *pacte commissaire exprès* soit exprimée : Liège, 22 septembre 1983, *Pas.*, 1984, II, p. 7 ; Bruxelles, 19 février 1986, *Rev. not.*, 1986, p. 536, note D. STERCKX.

179. A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN, H. VANGINDERTAELE, « Les biens », *Rép. not.*, t. II, liv. VI, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 121, n° 102 ; V. WATERKEYN, « L'emphytéose et les clauses et conditions résolutoires », note sous Cass., 30 mars 2006, R.G.D.C., 2008, p. 94, n° 12.

180. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1953, pp. 603-604, n° 707.

181. V. SAGAERT et M. SOMMERS, « Erfpacht, ontbinding en faillissement : een complexe trilogie », *T. Not.*, 2008, pp. 87-88, n° 14.

182. A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN, H. VANGINDERTAELE, « Les biens », *Rép. not.*, t. II, liv. VI, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 121, n° 102.

183. Voy. V. SAGAERT et M. SOMMERS, « Erfpacht, ontbinding en faillissement : een complexe trilogie », *T. Not.*, 2008, pp. 87-88, n° 14.

184. J.P. Liège, 23 juin 1951, cité par M. LA HAYE et J. VANKERCKOVE, « Chronique de jurisprudence – Propriété commerciale et baux commerciaux », *J.T.*, 1952, p. 280.

185. Comm. Liège, 15 mars 1983, R.D.C., 1984, p. 446.

en 1983, se montrait favorable à la validité de cette dernière. On peut épingle, plus récemment, le jugement rendu par le tribunal de commerce de Charleroi¹⁸⁶ ayant donné lieu à l'arrêt de réformation de la cour d'appel de Mons du 4 mai 1998¹⁸⁷. Bien que les deux juridictions aient retenu la qualification de condition résolutoire, seule la cour d'appel conclut à sa conformité avec l'article 2 de la loi du 1^{er} janvier 1824. La motivation de la cour fut toutefois rapidement la proie de critiques. La distinction opérée par la cour entre condition-modalité et condition de validité fut rapidement contestée au motif que la durée de vingt-sept ans ne constitue pas une condition de validité du bail¹⁸⁸.

La problématique fait également l'objet d'un intérêt marqué en doctrine. Y. Hendrickx admet la validité des conditions résolutoires conclues dans un contrat d'emphytéose au motif que « ce qui importe, c'est que lors de la conclusion de l'emphytéose, les parties se fixent un terme de 27 ans au moins quitte à ce que l'avenir, indépendamment de leur volonté, soit différent de ce qu'elles souhaitaient alors »¹⁸⁹. K. Vanhove¹⁹⁰ et B. Louveaux¹⁹¹ partagent ce point de vue. À l'inverse, M. La Haye et J. Vankerckhove¹⁹² sont d'avis qu'elles ne sont pas valables car elles ont pour résultat d'assigner une durée moindre que celle impérativement fixée par la loi.

A. Culot, B. Goffaux, C. Mostin et H. Vangindertael¹⁹³ sont plus nuancés. Ils considèrent que la réponse à la question de la validité de la clause dépend du point de vue sous lequel on l'envisage. Au regard du caractère incertain inhérent à la condition résolutoire, la validité de la clause ne fait pas de doute. Par contre, au vu de ses effets, à savoir l'extinction anticipée du

186. Comm. Charleroi, 19 mars 1996, *Rev. not.*, 1996, pp. 279-283. Voy. J. KOKELENBERG, Th. VAN SINAY et H. VUYE, « Zakenrecht – Overzicht van rechtspraak (1994-2000) », *T.P.R.*, 2001, pp. 1090-1097, n° 137.

187. Mons, 4 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 444.

188. N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence. Les biens (1989 à 1998) », *R.C.J.B.*, 2000, pp. 471-479, n° 14.

189. Y. HENDRICKX, « Les emphytéoses, superficies et usufruits sont-ils des actifs bancables ? », *Rec. gén. enr. not.*, 2004, p. 435, n° 4.

190. K. VANHOVE, « Erfpacht : meer contractvrijheid dan gedacht », note sous Cass., 30 mars 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 680.

191. B. LOUVEAUX, *Le droit du bail commercial*, Bruxelles, De Boeck, 2002, p. 132, n° 153.

192. Par analogie avec les baux commerciaux, voy. M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, « Chronique de jurisprudence – Propriété commerciale et baux commerciaux », *J.T.*, 1952, p. 280 ; M. LA HAYE et J. VANKERCKHOVE, « Le louage de choses. Vol. II. Les baux commerciaux », *Les Nouvelles, Droit civil*, t. VI, Bruxelles, Larcier, 1984, p. 114, n° 1611.

193. A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN, H. VANGINDERTAEI, « Les biens », *Rép. not.*, t. II, liv. VI, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 123, n° 103.

contrat, la clause ne peut être admise « car elle permet de mettre fin à l'emphytéose avant même l'expiration des 27 premières années »¹⁹⁴.

On peut conclure que la validité d'une clause insérée dans un contrat de bail emphytéotique pour les cas de faillite est tributaire de la qualification qui lui sera attribuée. La qualification de pacte comissoire exprès emporte sa validité, tandis que celle de faculté de résiliation entraîne sa prohibition. Quant à la condition résolutoire, son sort reste incertain.

48. Loi du 4 novembre 1969¹⁹⁵ et loi du 30 avril 1951¹⁹⁶. La validité des clauses insérées pour les cas de faillite dans les baux commerciaux et les baux à ferme fait appel aux arguments précités. D'un côté, le pacte comissoire exprès est prohibé par l'article 1762bis du Code civil et l'article 29, alinéa 3, de la loi du 4 novembre 1969¹⁹⁷. De l'autre, l'appréciation de la condition résolutoire et de la clause de résiliation anticipée se pose dans les mêmes termes que pour le bail emphytéotique. En effet, l'article 3 de la loi relative aux baux commerciaux et l'article 4 de la loi relative aux baux à ferme imposent une durée minimale du bail dont le non-respect, à l'instar des dispositions qui régissent l'emphytéose, n'est pas sanctionné par la nullité du contrat¹⁹⁸. On voit ainsi mal comment insérer une faculté de résiliation pour le cas de faillite sans contrevenir aux dispositions qui imposent une durée minimale au contrat.

49. La loi du 27 juillet 1961¹⁹⁹. L'article 2 de la loi relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée dispose en son paragraphe premier que « lorsqu'une concession de vente soumise à la présente loi est accordée pour une durée indéterminée il ne peut, hors le manquement grave d'une des parties à ses obligations, y être mis fin que moyennant un préavis raisonnable ou une juste indemnité à déterminer par les parties au moment de la dénonciation du contrat ».

À nouveau surgit la question de la licéité des clauses prévues en cas de faillite.

194. *Ibid.*, p. 123, n° 103.

195. Loi du 4 novembre 1969 formant la section 3 du chapitre II du titre VIII du livre III du Code civil, *M.B.*, 25 novembre 1969.

196. Loi du 30 avril 1951 formant la section 2bis du chapitre II du titre VIII du livre III du Code civil, *M.B.*, 10 mai 1951.

197. P. WÉRY, « La résolution unilatérale d'un contrat de bail immobilier est interdite », *J.T.*, 2010, pp. 709-713.

198. A. CULOT, B. GOFFAUX, C. MOSTIN, H. VANGINDERTAEI, « Les biens », *Rép. not.*, t. II, liv. VI, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 121-122.

199. Loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée, *M.B.*, 5 octobre 1961.

Dans les contrats de concession de vente exclusive, le *pacte commissaire exprès* ne suscite guère de débat^{200, 201}. L'article 2 de la loi ne vise que les hypothèses de résiliation sans indication de motif et non les manquements graves d'une des parties à ses obligations²⁰². La Cour de cassation, dans son arrêt du 19 avril 1979²⁰³, a admis la validité des clauses résolutoires expresses.

Quid toutefois des clauses que l'on pourrait qualifier de *conditions résolutoires*? On ne relève pas, à l'heure actuelle, de décision de jurisprudence en matière de faillite. De manière analogue, il est toutefois permis de se référer à l'arrêt du 3 décembre 1992 de la cour d'appel de Bruxelles. La clause litigieuse sur laquelle dut se prononcer la cour permettait au concédant de mettre fin au contrat moyennant préavis en cas de changement de contrôle de la société du cessionnaire²⁰⁴. Après avoir qualifié la clause de condition résolutoire, la cour releva que l'article 2 de la loi du 27 juillet 1961 « ne contient aucune disposition interdisant aux parties de stipuler une condition résolutoire dans leur contrat ». La cour admet la licéité des conditions résolutoires dans les contrats de concession de vente exclusive au motif que « bien qu'étant impératives, les dispositions de l'article 2 de la loi précitée qui obligent les parties à mettre fin à la concession de vente à durée indéterminée moyennant un délai de préavis raisonnable ou une juste indemnité ne sont relatives qu'à la résiliation unilatérale d'une telle concession sans indications de motifs et ne concernent pas le fait qu'il soit soumis à la convention par la réalisation d'une condition résolutoire, ce qui reste soumis à l'application du droit commun ». Cet arrêt fut confirmé par la Cour de cassation le 30 juin 1995, qui consacra la validité des conditions résolutoires dans les conventions de concession²⁰⁵.

200. J.-P. FIERENS et A. MOTTET HAUGAARD, « La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1987-1996) », *J.T.*, 1998, p. 110, n° 27. Voy. par exemple : Comm. Bruxelles, 22 novembre 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 120 ; Bruxelles, 24 septembre 1986, *R.W.*, 1987-1988, p. 1436 ; Liège, 15 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 945-950 ; Liège (7^e ch.), 27 avril 2006, *J.L.M.B.*, 2007, liv. 12, p. 489, note C. STAUDT et P. KILESTE.
201. Voy. pour les conflits entre la loi belge et les règlements européens : P. KILESTE et P. HOLLANDER, « Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (2002-2008) », *R.D.C.*, 2009, pp. 242-243.
202. V. PIRSON, « Les clauses relatives à la résolution des contrats », in X., *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2001, p. 131, n° 45.
203. Cass., 19 avril 1979, *Pas.*, I, pp. 981 et s., *R.C.J.B.*, 1981, pp. 26-48, note M. COLPAERT et R. BÜTZLER.
204. Voy. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 980-981.
205. Cass., 30 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 724, *R.W.*, 1995-1996, p. 829. Voy. également Comm. Bruxelles, 2 mars 1998, inédit, cité par P. KILESTE et P. HOLLANDER, « Examen de jurisprudence : la loi du 27 juillet 1961 sur la résiliation des concessions de vente exclusive (1997-2002) », *R.D.C.*, 2003, p. 411, n° 41.

La décision rendue par la cour d'appel de Bruxelles n'emporte toutefois pas totalement une conviction. D'aucuns²⁰⁶ contestent la nature attribuée à la clause vu l'absence d'automatisme et d'effet de plein droit de cette dernière. On pourrait plutôt y voir une faculté de résiliation²⁰⁷, voire une condition simplement ou purement potestative²⁰⁸.

Force est enfin de constater que la validité d'une *clause de résiliation unilatérale* dans les contrats de concession lors de la survenance d'événements neutres n'a pas encore fait l'objet d'une décision claire en jurisprudence.

50. La loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail²⁰⁹. L'article 26 de la loi précitée dispose que la faillite de l'employeur n'est pas un élément de force majeure qui met fin aux obligations des parties.

La présence d'un *pacte commissaire exprès* dans un contrat de travail est sanctionnée de nullité²¹⁰. Les règles impératives qui régissent le licenciement ne peuvent être contournées au moyen d'un pacte commissaire exprès stipulé par les parties.

La *condition résolutoire* se voit appliquer un autre régime. En principe, cette dernière est admise sauf cas expressément prévus par la loi²¹¹. Nous pensons, par exemple, aux articles 36 et 36bis de la loi du 3 juillet 1978²¹². De même, la condition résolutoire rédigée pour le cas de faillite de l'employeur paraît contraire à l'article 26 de la loi du 3 juillet 1978.

Comme l'a souligné la doctrine, il importe de sanctionner également les clauses qui, malgré leur apparence, ont pour objectif occulte de sanctionner un manquement contractuel²¹³.

206. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 981, n° 1010.
207. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Les obligations : le régime général de l'obligation – Chronique de jurisprudence (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 et s.
208. P. KILESTE, « Quelques réflexions sur la licéité des conditions résolutoires expresses en matière de concession de vente exclusive à durée indéterminée », *R.D.C.*, 1990, pp. 717-720.
209. Loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail, *M.B.*, 22 août 1978.
210. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Les obligations : le régime général de l'obligation – Chronique de jurisprudence (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 et s.
211. Les exceptions au principe sont toutefois nombreuses. Voy. J. CLESSE, « La dissolution du contrat de travail par le jeu de la condition résolutoire », note sous Cass., 18 janvier 1993, *R.C.J.B.*, 1995, pp. 37-52.
212. S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Les obligations : le régime général de l'obligation – Chronique de jurisprudence (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 et s.
213. W. RAUWS, « Civielrechtelijke beëindigingswijzen van de arbeidsovereenkomst : nietigheid, ontbinding en overmacht », in *Reeks sociaal recht*, Antwerpen, Kluwer, 1987, pp. 549 et s., cité par S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Les obligations : le régime général de l'obligation – Chronique de jurisprudence (1985-1995) », *J.T.*, 1999, pp. 821 et s.

En marge des aménagements contractuels qui peuvent être prévus par les parties et jouer lors de la survenance d'une faillite, l'article 46 de la loi du 8 août 1997 règle le sort que le curateur doit réserver à ces contrats (*infra*, section 3, A., point 10).

51. La loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale²¹⁴. L'article 19 de la loi relative au contrat d'agence commerciale vient modaliser la résiliation pour faute grave ou circonstances exceptionnelles du contrat en ces termes :

« Chacune des parties peut, sous réserve de tous dommages-intérêts, résilier le contrat sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque des circonstances exceptionnelles rendent définitivement impossible toute collaboration professionnelle entre le commettant et l'agent ou en raison d'un manquement grave de l'autre partie à ses obligations.

Le contrat ne peut plus être résilié sans préavis ou avant l'expiration du terme, lorsque le fait qui l'aurait justifié est connu de la partie qui l'invoque depuis sept jours ouvrables au moins.

Peuvent seuls être invoqués pour justifier la résiliation sans préavis ou avant l'expiration du terme, les circonstances exceptionnelles ou manquements graves notifiés par exploit d'huissier de justice ou par lettre recommandée à la poste, expédiée dans les sept jours ouvrables qui suivent la résiliation.

Nonobstant toute stipulation contraire, il ne peut être dérogé avant la fin du contrat, au détriment de l'agent commercial, au présent article ».

La doctrine majoritaire se prononce, par analogie avec les contrats de concession de vente exclusive²¹⁵, en faveur de la licéité des *conditions résolutoires* sur la base de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 juin 1995²¹⁶. S. et M. Willemart²¹⁷ ne partagent néanmoins pas cette opinion. Ils soutiennent que « la condition résolutoire expresse est illégale en matière d'agence commerciale parce qu'elle constitue une restriction au contrôle judiciaire des circonstances exceptionnelles et viole par conséquent le caractère impératif de l'article 19, § 4, de la loi ». À l'appui de leur argumentation, ils invoquent

214. Loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, *M.B.*, 2 juin 1995.

215. Les auteurs opèrent bien souvent un parallèle entre les dispositions qui régissent les contrats d'agence commerciale et celles qui régissent les contrats de concession de vente exclusive (P. KILESTE, « Agence et concession : deux lois interactives ? », *J.L.M.B.*, 2002, p. 833).

216. Cass., 30 juin 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 724, *R.W.*, 1995-1996, p. 829 ; P. KILESTE, « Agence et concession : deux lois interactives ? », *J.L.M.B.*, 2002, p. 833.

217. S. WILLEMART et M. WILLEMART, « Examen de jurisprudence : 1995-2004. Le contrat d'agence commerciale (loi du 13 avril 1995) », *J.T.*, 2005, p. 94.

une décision inédite du tribunal de commerce de Bruxelles²¹⁸. On peut toutefois objecter à cet argument que la faillite a été expressément citée, lors des discussions parlementaires au Sénat, comme circonstance exceptionnelle pouvant donner lieu à résiliation²¹⁹. Le contrôle *a posteriori* du juge ne s'impose dès lors pas en pratique.

La licéité de principe du *pacte commissaire exprès* ne semble pas ébranlée pour autant que le juge puisse exercer son contrôle *a posteriori* et qu'il n'empêche pas le paiement d'une indemnité d'éviction. Nombreux sont les auteurs qui allèguent que « le juge doit pouvoir exercer un contrôle effectif sur les motifs graves invoqués par les parties pour mettre fin aux relations contractuelles, quand bien même celles-ci auraient été définies au préalable dans une clause résolutoire »²²⁰. Ce contrôle nous paraît pouvoir cependant être évité dans la mesure où le cas de la faillite a été expressément cité comme circonstance exceptionnelle lors des discussions parlementaires. Il nous semble également correct, pour les autres exigences prévues à l'article 19, de transposer le régime applicable en l'absence de clause²²¹.

L'insertion d'une *clause de résiliation unilatérale* devra, nous semble-t-il, répondre aux mêmes exigences. On est toutefois en droit de s'interroger sur l'obligation de se conformer aux dispositions impératives, dont l'article 19 de la loi du 13 avril 1995.

Quoi qu'il en soit de ces incertitudes, on remarque que l'insertion d'une clause pour les cas de faillite ne présente guère d'intérêt pratique. En effet, la faillite a été expressément citée, lors des discussions parlementaires au Sénat, comme circonstance exceptionnelle pouvant donner lieu à « résiliation »²²².

218. Comm. Bruxelles, 27 janvier 2000, R.G. n° 11826/98, inédit.

219. Projet de loi relatif au contrat d'agence commerciale, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, p. 18.

220. J.-P. RENARD, « La conclusion, la durée et la fin du contrat d'agence commerciale après la loi du 13 avril 1995 », *D.A.-O.R.*, 1995, p. 20, n° 37 ; P. CRAHAY, « La nouvelle loi relative au contrat d'agence commerciale. La rupture du contrat », journée d'étude du 16 mai 1995 organisée par la Chambre de commerce de Bruxelles, p. 17, cités par P. KILESTE, « Agence et concession : deux lois interactives ? », *J.L.M.B.*, 2002, p. 833.

221. Voy. à ce sujet les propos d'I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 587, nos 3.7.2.48 et 3.7.2.49 : « Le formalisme rigoureux imposé par la loi sur le contrat d'agence commerciale pour pouvoir invoquer des circonstances exceptionnelles ne trouve pas à s'appliquer en l'espèce pour une faillite » ; « la loi sur les faillites règle les délais » ; aucune indemnité compensatoire de préavis ne sera due à moins que la faillite soit due à la faute du commettant ; une indemnité d'éviction pourra être inscrite comme dette dans la masse.

222. Projet de loi relatif au contrat d'agence commerciale, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, p. 18.

L'absence de clause n'empêchera pas le cocontractant du failli d'exprimer sa volonté de rompre le contrat. À moins de vouloir conférer à la dissolution du contrat un caractère automatique et modaliser ses effets, il ne nous apparaît dès lors pas indispensable de définir à l'avance entre parties les conséquences d'une faillite.

6. Conclusion

52. Conclusion. La question de la condition résolutoire intéresse les rédacteurs des conventions. L'insertion de clauses (pacte comissoire exprès, condition résolutoire, clause de résiliation unilatérale) présente de nombreuses vertus. La volonté de régir le sort des contrats lors de la survenance d'une faillite de même que celle de contourner certaines prohibitions légales constitueront des critères prépondérants pour le choix et la rédaction de la clause. Le revers de la médaille est néanmoins connu : le sort des clauses rédigées expressément pour le cas de faillite reste souvent incertain.

Le curateur, s'il désire poursuivre le contrat, contestera l'une ou l'autre condition résolutoire, que ce soit au niveau de leur qualification, leur validité, au regard du régime juridique applicable. À l'inverse, si le curateur souhaite mettre fin au contrat, il devra soulever l'existence d'une condition résolutoire.

SECTION 3

Deuxième catégorie d'exceptions au principe de continuité : faculté de résiliation ou de résolution

53. Introduction. La deuxième catégorie d'exceptions au principe de la continuité des contrats conclus avec le failli regroupe « les facultés » offertes, tant au curateur qu'au cocontractant du failli, de mettre fin au contrat. Elle est divisée en trois branches.

La première renvoie à l'article 46 de la loi sur les faillites, qui confère au curateur des pouvoirs dont les contours restent, à ce jour, toujours obscurs (A.).

La seconde concerne la faculté offerte aux cocontractants du failli de se prévaloir d'un pacte comissoire exprès. La sanction est la « résolution » du contrat (B.).

La dernière a trait aux clauses de résiliation unilatérale rédigées au bénéfice du cocontractant pour les cas de faillite de son débiteur. On parle plutôt dans cette hypothèse de « résiliation » du contrat (C.).

A. L'article 46 de la loi sur les faillites : une option du curateur ?

1. Solution dégagée traditionnellement avant l'insertion de l'article 46

54. Régime antérieur sous l'empire de la loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis de paiement²²³. La solution consacrée traditionnellement par la doctrine et la jurisprudence avant l'introduction de la loi du 8 août 1997 était la suivante : le curateur disposait d'une option entre la poursuite de l'exécution du contrat et sa non-exécution²²⁴.

La faculté de résiliation des contrats reconnue au curateur ne renvoyait qu'aux dispositions légales et conventionnelles qui la permettaient²²⁵. On refusait de « conférer au curateur plus de droits que ceux dont disposait le débiteur avant la faillite par rapport aux contrats en cours »²²⁶. Par exemple, lorsqu'un bailleur était déclaré en faillite, le locataire continuait à bénéficier de la protection légale qui lui était conférée sans que le curateur puisse l'expulser. Il importait donc à cet égard de ne pas confondre « refus d'exécution » et « droit de résiliation ».

55. Conséquences pratiques. Dans l'hypothèse d'une poursuite de l'exécution du contrat, les dettes nées de la poursuite étaient considérées comme des dettes de la masse²²⁷. L'hypothèse inverse, à savoir un refus de poursuivre le contrat, posait des problèmes pratiques plus délicats. Dans la mesure où il n'était pas reconnu au curateur de pouvoir de résiliation, il appartenait au créancier du failli d'agir en résolution sur la base du défaut

223. Loi du 18 avril 1851 sur les faillites, banqueroutes et sursis (livre III du Code de commerce), *M.B.*, 24 avril 1851.

224. A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », *R.D.C.*, 2005, p. 246 ; T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 343 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 865 ; A. ZENNER et C. ALTER, « Évolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûretés et procédures collectives*, CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 158-159 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, pp. 214-215 ; Th. BOSLY, M. ALHADEFF, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, CUP, vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 247.

225. *Ibid.*

226. A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », *R.D.C.*, 2005, p. 246. Voy. également A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 863.

227. T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 343.

d'exécution du curateur ou d'opposer l'exception d'inexécution ou un droit de rétention²²⁸. L'initiative appartenait ainsi au cocontractant du failli, qui se voyait toutefois dénier le droit d'agir en exécution forcée²²⁹ à l'encontre de la masse²³⁰. La créance de dommages et intérêts qui pouvait résulter de la résolution du contrat constituait une créance dans la masse²³¹.

En cas de refus d'exécution, la situation était donc aux mains du cocontractant du failli, qui restait libre de réagir. Il était loisible et facile pour ce cocontractant de laisser « pourrir » et perdurer la situation en vue d'accroître le passif du failli à son profit. L'exemple par excellence était celui du bailleur qui, plutôt que d'accepter la rupture du contrat de commun accord avec le curateur, préférait laisser courir le bail tout en réclamant les loyers à échoir sous couvert de son privilège²³². Une certaine jurisprudence²³³ a entendu atténuer la rigueur des conséquences de cette passivité. L'expédient emprunté par nos cours et tribunaux pour censurer pareille pratique fut la théorie de l'abus de droit²³⁴.

228. A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », *R.D.C.*, 2005, p. 246 ; T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 343 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, p. 215.

229. À l'instar de P. Wéry, nous trouvons l'expression malheureuse : le droit d'obtenir la condamnation de son débiteur *ad ipsam rem* doit être distingué des voies d'exécution, c'est-à-dire l'exécution forcée en nature proprement dite (P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 577, n° 497).

230. T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 343 ; T. HÜRNER, N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. Dr. Ulg.*, 2009, p. 215.

231. A. ZENNER, C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur », *R.D.C.*, 2005, p. 246.

232. T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 343 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, p. 216.

233. Trib. Verviers, 6 mai 1992, inédit, cité par M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 315 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, p. 216. Voy. aussi pour un cas étranger à la faillite : J.P. Wavre, 14 août 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1151, cité par T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 343.

234. *Ibid.*

2. En toile de fond : la question de l'aménagement du droit commun

56. Primauté du droit de la faillite sur le droit commun ? De manière sous-jacente, on voit déjà poindre la sempiternelle question de l'existence d'une primauté du droit des procédures d'insolvabilité, ou plus spécifiquement de la faillite, sur le droit commun des obligations. À ce stade, la question n'appelle pas de réponse définitive. L'on se contentera d'épingler, à l'instar d'A. Meulder²³⁵, quelques exemples d'aménagement du droit commun tels que la suspension du cours des intérêts, la déchéance du terme, la mise en œuvre des clauses pénales, le sort de l'action directe, la clause de réserve de propriété. Dans un sens opposé, on peut faire état d'un arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 2005²³⁶, portant sur le renouvellement du bail commercial, qui refuse de faire primer la loi sur les faillites et de déroger au droit commun. Le curateur est, selon cette décision, tenu de respecter l'article 14 de la loi sur le bail commercial.

57. Quid d'un aménagement du sort des contrats en cours en cas de faillite ? « Une application rigide du principe de continuité risquerait (cependant) d'affecter le bon déroulement de la procédure de liquidation inhérente à la faillite »²³⁷. Le curateur se trouverait bien désemparé s'il devait faire face, consécutivement à la poursuite des contrats en cours, non seulement à une aggravation significative du passif, mais également à la naissance de nouvelles dettes de la masse²³⁸. Le principe de l'égalité des créanciers s'en trouverait encore, une fois de plus, écorné. Un correctif à l'application pure et dure du droit commun était dès lors indispensable²³⁹. Fallait-il pour autant aller jusqu'à reconnaître un véritable droit de résiliation au mépris de la liberté contractuelle ?

235. A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 863.

236. Cass., 11 avril 2005, *Arr. cass.*, 2005, p. 833, *Pas.*, 2005, p. 828, *R.A.B.G.*, 2006, p. 640, *R.W.*, 2005-2006, p. 1505.

237. A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 863.

238. *Ibid.*, p. 863.

239. *Ibid.*, p. 863. A. Meulder rappelle que « La reconnaissance d'un droit d'option dans le chef du curateur de poursuivre ou non l'exécution des contrats en cours » constitue déjà un « aménagement aux règles du droit commun ».

3. La naissance de l'article 46 de la loi du 8 août 1997

58. Finalité. Les principes essentiels de la faillite que sont l'égalité des créanciers et la protection de la masse ²⁴⁰ ont certainement guidé le législateur dans la rédaction de l'article 46. En effet, dès sa désignation, le curateur est confronté à des enjeux économiques parfois colossaux qu'il doit arbitrer au regard de ces principes qui gouvernent la faillite. La recherche d'un juste équilibre par le législateur se solda par la reconnaissance d'un droit d'option dans le chef du curateur, consigné dans le nouvel article 46 de la loi du 8 août 1997. « On ne peut, en effet, pas concilier l'idée que le curateur soit contraint à poursuivre un contrat en cours et, par voie de conséquence, à faire supporter par la masse les charges et obligations qui en résultent avec l'objectif de base de la procédure de faillite qui est de réaliser l'actif du failli et d'en répartir le produit entre créanciers » ²⁴¹.

59. Le prescrit de l'article 46. En 1997, le législateur rédigea l'article 46 de la loi sur les faillites en ces termes :

« Dès leur entrée en fonctions, les curateurs décident sans délai s'ils poursuivent l'exécution des contrats conclus avant la date du jugement déclaratif de la faillite et auxquels ce jugement ne met pas fin.

La partie qui a contracté avec le failli peut mettre les curateurs en demeure de prendre cette décision dans les quinze jours. Si aucune prorogation de délai n'est convenue ou si les curateurs ne prennent pas de décision, le contrat est présumé être résilié par les curateurs dès l'expiration de ce délai ; la créance de dommages et intérêts éventuellement dus au cocontractant du fait de l'inexécution entre dans la masse.

Lorsque les curateurs décident d'exécuter le contrat, le cocontractant a droit, à charge de la masse, à l'exécution de cet engagement dans la mesure où celui-ci a trait à des prestations effectuées après la faillite ».

Il appartient donc au curateur, dès son entrée en fonction, de choisir de poursuivre ou non les contrats en cours ²⁴². Les créanciers peuvent contraindre celui-ci de prendre sa décision ²⁴³. Si le curateur est mis en demeure, il

240. *Ibid.*, p. 863.

241. Th. BOSLY et M. ALHADEFF, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, CUP, vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, pp. 248-249.

242. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479.

243. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217.

doit prendre attitude dans les quinze jours, à défaut de quoi le contrat sera présumé résilié.

Tandis que certains auteurs ²⁴⁴ estiment que le législateur a entendu confirmer la solution traditionnelle dégagée par la jurisprudence et la doctrine, d'autres avancent que la loi sur les faillites révèle une « volonté manifeste d'innover » ^{245, 246}.

60. Travaux préparatoires. Le retour aux projets de loi n°s 631 ²⁴⁷ et 330 ²⁴⁸ nous permet-il de mieux cerner la volonté réelle du législateur ? La balance penche-t-elle en faveur d'une consécration ou d'une innovation ?

Les projets de loi n° 631 ²⁴⁹ et n° 330 ²⁵⁰ prévoyaient le système suivant : les curateurs doivent décider de la *poursuite ou non de l'exécution du contrat* ; le contractant du failli peut mettre en demeure le curateur de prendre attitude ; si aucune décision n'est prise dans les quinze jours, le *contrat est résolu*.

L'utilisation des termes « poursuivent ou non l'exécution des contrats » semblait présager initialement la continuation douce et paisible des principes en vigueur.

L'ambiguïté des termes pour lesquels le législateur a finalement opté n'a toutefois pas permis de trancher.

4. Ambiguïté des termes utilisés par le législateur

61. Une présomption de résiliation. De l'expression initialement proposée « le contrat est résolu », le législateur en est arrivé à l'expression « le contrat est présumé être résilié par le curateur ». On s'étonne de cette nouveauté terminologique dans le système juridique belge.

L'amendement soumis avait, au départ, un objectif précis. L'utilisation du terme « résolu » suscitait en effet quelques difficultés en droit du travail. Il

244. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, pp. 437-438 ; Th. BOSLY et M. ALHADEFF, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, CUP, vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 248.

245. A. ZENNER et I. VEROUGSTRAETE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse », *R.D.C.*, 2004, p. 526, n° 6.

246. Cette volonté d'innover semble surtout s'appliquer au sort des indemnités de rupture.

247. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 631 (projet devenu caduc).

248. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1995-1999, n° 330 (projet ayant donné lieu à la loi du 8 août 1997).

249. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1991-1992, n° 631/1, p. 133 (projet devenu caduc).

250. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1995-1999, n° 330/1, p. 15 (projet ayant donné lieu à la loi du 8 août 1997).

ne permettait pas aux travailleurs de prétendre à une indemnité de licenciement dans la mesure où cette dernière exige que l'initiative du congé repose sur l'employeur²⁵¹. Le subterfuge suggéré, véritable *deus ex machina*, présentait l'avantage de permettre aux travailleurs de revendiquer l'obtention d'une indemnité de rupture. On y fit donc droit malgré l'absence totale de fondement juridique.

62. Un problème d'interprétation. L'adoption des termes « présumé être résilié » fit surgir de nouvelles querelles d'interprétation : le curateur disposait-il d'un droit de résiliation²⁵² ou n'était-ce à nouveau qu'une confusion opérée par le législateur²⁵³ ? La question n'était pas dénuée de pertinence dès lors que le ministre de la Justice s'était exprimé lors de l'adoption de l'amendement en ces termes : « La position du curateur permet à celui-ci de *mettre fin* à ces contrats, et ce afin de garantir l'égalité entre les créanciers. Immédiatement après sa désignation, le curateur devra donc opter pour la *résolution* ou la poursuite des contrats ». Ces mots n'étaient encore que le début d'une grande saga.

5. Évolution façonnée par trois grands arrêts

63. Évolution jurisprudentielle. L'interprétation à donner à l'article 46 a donné lieu à trois grands arrêts de nos plus hautes juridictions. Le premier fut rendu par notre Cour d'arbitrage, nouvellement rebaptisée Cour constitutionnelle, tandis que les suivants émanèrent de la Cour de cassation. Malgré les apparences, ces arrêts ne permirent pas de clore les débats.

64. Arrêt de la Cour d'arbitrage du 10 décembre 2003²⁵⁴. L'affaire portée devant les juridictions du fond²⁵⁵ concernait deux parties à un contrat de bail commercial. La société bailleuse fut déclarée en faillite tandis que les curateurs décidèrent de notifier à la société locataire leur volonté de ne pas poursuivre l'exécution du contrat.

251. T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, p. 217.

252. Voy. T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 345 : « Nous pensons que la conséquence attachée par la loi au silence du curateur suppose nécessairement la reconnaissance d'un pouvoir de résiliation *sui generis* dans son chef ».

253. L'utilisation du terme « résiliation » dans les textes législatifs (et en jurisprudence) prête souvent à confusion.

254. C.A., 10 décembre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 253, note H.R., *R.W.*, 2005-2006, pp. 52 et s.

255. Voy. Comm. Bruxelles, 28 novembre 2002, inédit, rapporté par A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », *R.D.C.*, 2005, p. 246.

Dans ce cadre, deux questions préjudicielles furent posées par le tribunal de commerce de Bruxelles. Chacune portait sur une interprétation de l'article 46, interprétations soumises à la censure de la Cour pour violation des articles 10 et 11 de la Constitution. La première interprétait l'article 46 comme autorisant un curateur à déroger à la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux en ne respectant pas les conditions fixées par cette loi pour pouvoir mettre fin au bail qui lie le failli au preneur, tandis que la seconde visait l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites en ce sens qu'il interdirait au preneur évincé de réclamer paiement au curateur *qualitate qua* d'une indemnité d'éviction telle que prévue par l'article 25 de la loi du 30 avril 1951. La Cour répondit par la négative aux questions préjudicielles. Elle jugea que les interprétations soumises étaient compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

Définir clairement la portée de cet arrêt constitue un exercice des plus périlleux. On se doit d'être prudent, d'une part, parce que la Cour n'est pas tenue de se prononcer sur l'interprétation qui lui est soumise²⁵⁶ et, d'autre part, à l'inverse, parce que la motivation de l'arrêt apparaît, pour certains, fort explicite²⁵⁷. La prudence reste, à notre estime, de mise, vu la faible marge de manœuvre qui s'impose à la Cour lorsqu'elle statue sur questions préjudicielles. La seule conclusion qui puisse être tirée reste hypothétique : si l'article 46 devait être interprété comme octroyant au curateur la faculté de mettre fin au contrat malgré l'existence de dispositions impératives, cet article serait parfaitement compatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination.

65. Arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2004²⁵⁸. À nouveau, les faits de la cause ont trait à la matière du bail commercial. Initialement, en 1988, un contrat de bail de vingt-sept ans est conclu entre, d'une part, les époux P.L. (bailleurs) et, d'autre part, les prédécesseurs à la S.A. Alken Maes (locataires). L'immeuble en question est sous-loué à la S.P.R.L. Boopen. Cette dernière décide, tout en maintenant le contrat de sous-location, d'en acquérir la propriété en 1989. Elle est cependant déclarée en faillite le 9 août 2000. Le curateur informe la S.A. Alken Maes de son souhait de mettre fin au contrat de bail et au contrat de sous-location de manière anticipée. Cette

256. Voy. A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : faculté de ne pas poursuivre l'exécution ou droit de résiliation dans le chef du curateur ? », *R.D.C.*, 2005, p. 250 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, p. 219.

257. Voy. T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, p. 219.

258. Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 241-245.

dernière consent à la résiliation du contrat de sous-location mais s'oppose à celle relative au contrat de bail principal. Le curateur intente une action au fond en vue de faire reconnaître la validité des résiliations anticipées intervenues en vertu de l'article 46 de la loi sur les faillites. Débouté en premier ressort, il interjette appel. La cour d'appel de Bruxelles²⁵⁹ confirme le jugement rendu en premier degré. Après avoir relevé que le contrat est opposable aux tiers, la cour décide que « le libellé de cet article (article 46) ne permet pas d'avancer que ce curateur pourrait méconnaître l'existence et la durée de cet acte notarié de bail commercial en mettant fin audit contrat avant son échéance. Le fait que la loi du 8 août 1997 sur les faillites est d'ordre public et que le curateur doit viser l'intérêt de la masse, est sans pertinence »²⁶⁰. Elle refuse également de suivre l'argument suivant lequel la « poursuite du contrat causera un préjudice à la masse des créanciers dans la mesure où elle l'empêcherait de réaliser le fonds de commerce et l'immeuble, et pourrait même engendrer des coûts dans le cadre de l'exécution de ses obligations de bailleur, et ce au préjudice de la masse »²⁶¹. Le litige remonte donc jusqu'à la Cour de cassation. Le pourvoi comporte un moyen unique divisé en deux branches. La première fait grief à la décision attaquée d'avoir créé une distinction entre, d'un côté, les contrats opposables à la masse et ceux inopposables et, de l'autre, entre les positions du failli selon qu'il a conclu le contrat en qualité de locataire ou de bailleur. En instaurant pareille distinction, qui ne ressort nullement du libellé de l'article 46, les demandeurs en cassation considèrent que l'arrêt attaqué n'est pas légalement justifié.

La deuxième branche du moyen reproche à la cour d'appel d'avoir substitué « illégalement son appréciation à l'appréciation légitime du curateur quant à l'opportunité de mettre fin au contrat de bail commercial », dans la mesure où « le choix de poursuivre ou non (...) l'exécution des contrats en cours (...) revient uniquement au curateur »²⁶².

La Cour casse l'arrêt attaqué sur le fondement de la deuxième branche du moyen unique. La motivation de la Cour est claire : « il n'appartient pas au curateur de résilier un contrat opposable conclu par le failli, lorsque la poursuite du contrat ne fait pas obstacle à la liquidation normale de la masse ; que le curateur peut par contre *mettre fin* à un contrat qui lie le failli, si la *résiliation* du contrat est nécessaire à l'administration de la masse en bon père de

259. Bruxelles, 26 février 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 388.

260. *Ibid.*

261. *Ibid.*, p. 388.

262. Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 241-245.

4
famille, sans préjudice des droits découlant alors, pour le contractant de la faillite, en raison de l'*inexécution* du contrat »²⁶³. En décidant, sans vérifier *in concreto* les conséquences de la poursuite du contrat pour la liquidation, que « rien ne fait obstacle à ce que le curateur réalise l'immeuble nonobstant l'existence du contrat de bail commercial », la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision.

La lecture de cet attendu principal laisse toutefois perplexe. On y épingle successivement les expressions « mettre fin », « résiliation » et « inexécution ». Au regard de ces imprécisions terminologiques, la question qui vient directement à l'esprit est la suivante : la Cour a-t-elle entendu créer un véritable droit de résiliation dans le chef du curateur ?

66. Rapport de la Cour de cassation 2004. Le rapport de l'année 2004 publié par la Cour de cassation n'est d'aucun secours. Il se borne à rappeler qu'il peut être déduit de l'arrêt du 24 juin 2004 « qu'il n'appartient pas au curateur de *mettre fin* à l'exécution d'un contrat lorsque sa poursuite ne fait pas obstacle à la liquidation normale de la masse ; il n'en va autrement que si l'administration de la masse en bon père de famille requiert qu'il soit mis fin à la convention, sans préjudice, dans ce cas, des droits que l'inexécution engendre dans le chef du cocontractant du failli. La Cour casse l'arrêt attaqué parce qu'il incombait aux juges d'appel de vérifier *in concreto* quelles étaient les conséquences de la poursuite du bail pour la liquidation de la faillite »²⁶⁴.

67. Arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008²⁶⁵. Les faits à l'origine du litige peuvent se résumer comme suit. Un bailleur à ferme est déclaré en faillite. Le curateur décide, *qualitate qua*, qu'il ne poursuivra pas l'exécution des conventions de bail à ferme conclues avec les différents locataires. Pour ce faire, le curateur s'appuie sur l'intérêt de la masse sans plus de précisions. Les fermiers contestent toutefois la décision prise par le curateur. La cour d'appel de Bruxelles²⁶⁶, réformant la décision rendue en premier ressort, fait droit à la demande du curateur : les décisions de ne « pas poursuivre l'exécution des contrats de bail sont valables » tandis que « les biens immobiliers qui ont fait l'objet des contrats de bail résiliés peuvent être vendus libres de tout bail ». Les locataires se pourvoient en cassation et invoquent un moyen unique divisé en quatre branches.

263. *Ibid.*, pp. 241-245.

264. I. VEROUSTRATE, J.-Fr. LECLERCQ et P. LECROART, S. LIERMAN, *Rapport de la Cour de cassation 2004*, Bruxelles, Presses du *Moniteur belge*, p. 64.

265. Cass., 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1588 et s., *T. Not.*, 2009, p. 201, note F. BOUCKAERT.

266. Bruxelles, 11 mai 2005, *N.j.W.*, 2006, p. 801.

Nous limiterons notre propos à l'analyse de la troisième branche, la Cour s'étant saisie uniquement de cette dernière. Les demandeurs en cassation partent d'un postulat de base : « S'il y a lieu d'admettre que dans son arrêt du 24 juin 2004 la Cour a reconnu l'existence d'un droit spécial de résiliation pour le curateur fondé sur l'article 46 de la loi du 8 août 1997, ce droit ne peut être exercé que dans les circonstances indiquées par la Cour ». Ils allèguent ensuite qu'il appartient donc au curateur, conformément à l'arrêt rendu par la Cour, de démontrer concrètement que la résiliation est nécessaire à l'administration de la masse en bon père de famille.

Bien que l'arrêt attaqué relève expressément que le curateur n'a pas démontré *in concreto* cette condition, les juges viennent compléter et suppléer cette absence de justification. En procédant de la sorte, l'arrêt viole, d'après les demandeurs, notamment l'article 46 de la loi sur les faillites.

La Cour fait droit à cette argumentation. Elle s'écarte des conclusions prises par l'avocat général²⁶⁷ et casse l'arrêt attaqué. La motivation de la Cour intéresse bien entendu notre analyse de l'article 46 :

« 1. Lorsque l'administration de la masse le requiert nécessairement, c'est-à-dire lorsque la continuation du contrat conclu par le failli fait obstacle à la liquidation de la masse ou compromet anormalement la liquidation, le curateur peut, en vertu de l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, mettre fin à un contrat en cours conclu par le failli, même si ce contrat confère des droits opposables à la masse.

Le simple fait que les biens acquièrent ainsi une valeur marchande moindre, n'empêche pas en soi le règlement normal de la faillite.

2. Il appartient au curateur de prouver que l'administration de la masse nécessite la fin du contrat ».

68. Rapport de la Cour de cassation 2008. Le communiqué publié sur le site de la Cour de cassation²⁶⁸ et son rapport 2008²⁶⁹ apportent leur pierre

267. L'avocat général avait conclu à la cassation de l'arrêt exclusivement sur la première branche du moyen. Cette dernière faisait grief à l'arrêt attaqué d'avoir interprété, à tort, l'article 46 comme conférant au curateur de la faillite le droit de mettre fin ou de résilier les contrats. Certains auteurs estiment qu'en ne se saisissant pas de cette branche du moyen, la Cour de cassation a entendu implicitement reconnaître au curateur une faculté de résiliation (voy. T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 347 ; Fr. GEORGES, « Faillites et contrats en cours : la Cour de cassation précise sa jurisprudence », *J.L.M.B.*, 2008, p. 1595).

268. Communiqué publié à l'époque sous la rubrique « Actualité » du site de la Cour de cassation, qui faisait état de ce que le pouvoir de mettre fin au contrat dans le chef du curateur ne pourra être mis en œuvre que dans des « cas extrêmes » (www.cassonline.be).

269. I. VEROUSTRATE, J.-Fr. LECLERCQ, P. LECROART et S. LIERMAN, *Rapport de la Cour de cassation 2008*, <http://www.cassonline.be/uploads/70/cass2008fr.pdf>.

à l'édifice. Le rapport se réfère même à l'arrêt du 24 juin 2004. Selon les auteurs du rapport, l'arrêt de 2008 s'inscrit dans la droite ligne de celui de 2004, qu'il vient « affiner ».

Différentes conclusions peuvent être dégagées de ce rapport :

- le curateur peut mettre fin à un contrat conclu avec le failli en vertu de l'article 46 lorsque l'administration de la masse le requiert (confirmation de l'arrêt du 24 juin 2004) ;
- l'existence de droits opposables à la masse ne vient pas contrecarrer cette possibilité ;
- la condition « lorsque l'administration de la masse le requiert » vise les cas où la continuation du contrat fait obstacle à la liquidation de la masse ou compromet anormalement cette liquidation. Ne suffisent pas pour mettre fin au contrat les cas d'atteinte à la valeur marchande des biens²⁷⁰ ;
- la charge de la preuve que l'administration de la masse exige la fin du contrat incombe au curateur. Le juge ne peut se substituer au curateur dans l'administration de cette preuve.

6. Controverses et arguments doctrinaux

69. Division de la doctrine. Différentes thèses ont vu le jour en doctrine à la suite des arrêts rendus par la Cour de cassation. D'une part, les partisans, peu nombreux, d'un droit de résiliation « absolu »²⁷¹, que certains ont qualifié de « sauvage »²⁷², simplement limité par l'intérêt de la masse des créanciers. D'autre part, les fervents défenseurs de la thèse d'une application limitée de l'article 46²⁷³. En marge de ces deux positions, de manière radicalement

270. Cette précision ne trouvera pas à s'appliquer dans toutes les situations. En effet, lorsque le failli n'a pas la qualité de propriétaire mais celle de locataire, la valeur marchande des biens n'est pas pertinente (voy. T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANCKEN, M. DRESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 57-58).

271. Ch. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil », note sous Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, p. 256.

272. Expression utilisée par T. Hürner et N. Ouchinsky (« Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, pp. 221-222), qui critiquent cette faculté.

273. A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, p. 222 ; I. VEROUSTRATE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479.

opposée, on retrouve les adeptes de la doctrine traditionnelle antérieure à la modification législative de 1997²⁷⁴, où l'existence d'un pouvoir de résiliation dans les mains du curateur est niée.

70. Auteurs minoritaires. Les auteurs minoritaires qui plaident en faveur d'un droit de résiliation, sans frais, à charge de la masse et simplement limité par l'intérêt de cette dernière se fondent sur des considérations purement pragmatiques au regard de la mission confiée au curateur : « Terecht wordt derhalve door het Hof van Cassatie andermaal de centrale rol van de curator onderlijnd : deze is door zijn wettelijke opdracht belast met het beheer en de verzilvering van de vermogensrechten van de gefailleerde schuldenaar, enerzijds, en anderzijds handelt hij daarbij steeds in het belang van de schuldeisers verenigd in de boedel »^{275, 276}. Cette position, empreinte d'un souci d'efficacité, reste toutefois isolée. L'ambiguïté terminologique usitée à l'article 46 (« présumé résilié ») peut également être invoquée à l'appui de pareille position.

71. Un pouvoir de résiliation limité. Une partie importante de la doctrine préfère se prononcer en faveur d'un droit de résiliation limité à des cas plus exceptionnels²⁷⁷. Le droit de résiliation est assorti de limites sévères et

274. A. ZENNER et C. ALTER, « Évolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûreté et procédures collectives*, CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 151-213 ; P. VAN OMMESELAGHE, *Droit des obligations. Tome I : Introduction. Sources des obligations*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 997. Voy. également de manière moins explicite : S. BRIJS, « Artikel 46 faillissementswet : is de curator van de failliete verhuurder een tovenaars ? », *R.W.*, 2005-2006, p. 58 ; A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 215 ; Th. BOSLY et M. ALHADEFF, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation défective. Actualités et pratique*, CUP, vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 255.
275. Ch. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil », note sous Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 256-257 ; Ch. VAN BUGGENHOUT et J. DE VOS, « De voortzetting van de overeenkomsten door de curator : het cassatiearrest van 24 juni 2004 », in E. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS et M. VAN MEENEN, *Curatoren en vereffenaar : actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 630-631.
276. Traduction libre : « À juste titre, le rôle central du curateur est par conséquent une fois de plus souligné par la Cour de cassation. D'une part, ce dernier est chargé d'une mission légale d'administration et de liquidation des droits du failli et, d'autre part, il agit toujours dans l'intérêt des créanciers dans la masse ».
277. G. CARNOY, « La Cour de cassation précise l'article 46 L.F. », <http://www.businessandlaw.be/article/1356.html> ; J. DERYCKERE, « Het recht van de curator om lopende overeenkomsten te beëindigen – Het Hof van Cassatie zet de deur die het zelf wijd had geopend terug op een kiet », note sous Cass., 10 avril 2008, *D.A.-O.R.*, 2008, pp. 246-249 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, p. 222 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479.

strictes²⁷⁸. Une telle interprétation se justifie principalement par la portée de l'expression « lorsque l'administration de la masse le requiert », délimitée par notre Cour suprême dans son arrêt de 2008²⁷⁹. À titre d'exemple, E. DIRIX²⁸⁰ énumère comme cas qui pourraient faire l'objet d'une résiliation : les biens deviennent invendables du fait du contrat, le montant du loyer est considérablement inférieur aux conditions du marché, le maintien des droits du cocontractant impose des obligations financières exagérées à la masse²⁸¹. Les limites strictes fixées par la Cour constitueront probablement un régulateur voire un frein pour le curateur, qui redoublera de prudence lors de l'application de l'article 46.

72. Retour à une position traditionnelle. De manière plus prudente encore, certains auteurs²⁸² adoptent une position moins tranchée. Ainsi, A. De Wilde exposait qu'« ook na de lezing van het cassatiearrest dd. 24 juni 2004 dient te worden besloten dat het faillissementsrecht geen wettekst bevat waarin de curator een eenzijdig verbrekingsrecht van de lopende overeenkomsten na faillissement wordt toegekend. Noch in de bewoordingen van art. 46 Faill. W., noch in de voorbereiding van de faillissementswet, kan een

278. T. HÜRNER, « La poursuite des contrats en cours en cas de faillite », *J.T.*, 2008, p. 347.
279. *Ibid.*, p. 348 ; A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868 ; T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, p. 222 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 479.
280. E. DIRIX déniait pourtant, avant les arrêts rendus par la Cour de cassation en 2004 et 2008, tout pouvoir de résiliation dans le chef du curateur (« Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, pp. 201 et s.).
281. E. DIRIX, « Insolventierecht en gemeenrecht » in *Van alle markten, Liber amicorum Eddy Wymeersch*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 420, cité par T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANQUEEN, M. DRESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 58.
282. A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 216 ; A. ZENNER et C. ALTER, « Évolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûreté et procédures collectives*, CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 151-213 ; P. CAVENAILLE, audition à la Chambre des représentants, 2 décembre 2008, non publié. Voy. également de manière moins explicite : S. BRIJS, « Artikel 46 faillissementswet : is de curator van de failliete verhuurder een tovenaars ? », *R.W.*, 2005-2006, p. 58 ; W. Van Lambergen n'approuve pas la solution retenue par la Cour, à savoir la reconnaissance d'un droit de résiliation au curateur (« Heeft pandvestiging op huurgelden nog zin ? », *R.W.*, 2005-2006, p. 43). Notons que la majorité de ces auteurs reconnaît le revirement opéré par la Cour de cassation mais n'y adhère pas.

dergelijk recht *sui generis* voor de curator worden gevonden »²⁸³. Partant, d'aucuns préfèrent s'en remettre à la solution traditionnellement admise avant la réforme du droit de la faillite de 1997 : le curateur peut simplement décider de ne pas poursuivre les contrats en cours²⁸⁴.

A. Zenner²⁸⁵ s'insurge contre tout pouvoir de résiliation au vu de l'insécurité juridique qu'il crée. La possibilité pour le curateur de mettre fin aux contrats de *leasing*, de concession, de franchise ou d'agence ainsi qu'aux crédits hypothécaires et, dans cette dernière hypothèse, de demander le remboursement pour les besoins de la liquidation se révélerait tout simplement dramatique^{286, 287}. L'auteur avance que le curateur trouvera suffisamment de ressources dans les articles 17 et s. de la loi sur les faillites afin de contester l'opposabilité des conventions conclues en fraude des droits des créanciers^{288, 289}.

7. Conséquences pour la masse

73. Indemnités de rupture. Un problème peut en cacher un autre. La controverse relative à l'interprétation de l'article 46 a alimenté un nouveau

débat : le sort des indemnités de rupture. Les auteurs attachés à un droit de résiliation « absolu » prétendent que ce dernier implique la possibilité, dans le chef du curateur, de s'affranchir des dispositions légales applicables au contrat concerné²⁹⁰. Les curateurs pourraient dès lors rompre les contrats sans frais à charge de la masse. Par contre, les tenants d'une faculté plus marginale allèguent que le cocontractant évincé peut revendiquer le bénéfice d'une indemnité. Cette solution est consacrée, d'une part, par les arrêts rendus par notre Cour suprême en 2004 et 2008²⁹¹ et, d'autre part, par la Cour constitutionnelle dans la réponse qu'elle apporte à la deuxième question préjudicielle dont elle fut saisie (*supra*, n° 64). Elle se justifie également par l'absence de dispositions spécifiques dérogeant aux principes qui régissent les contrats²⁹² et découle de l'interprétation *a contrario* de la modification de l'article 46 par la loi du 15 juillet 2005^{293, 294}.

74. Dettes de la masse ou dans la masse. À considérer, comme le soutient la doctrine majoritaire, qu'une indemnité de rupture du contrat peut être due au cocontractant évincé en vertu de dispositions légales spécifiques, il reste à déterminer son statut : « dette de la masse » ou « dette dans la masse » ? La question n'est pas sans incidence pratique quand on sait que les créanciers dans la masse ne seront pratiquement jamais désintéressés lors de la répartition de l'actif, au contraire des créanciers de la masse. Ces derniers seront en effet payés avant toute répartition²⁹⁵.

À nouveau, la doctrine est divisée. Tandis qu'E. Dirix²⁹⁶, A. De Wilde²⁹⁷ et C. Alter²⁹⁸ prônent la qualification de « dettes de la masse », T. Hürner²⁹⁹,

283. Traduction libre : « Même après la lecture de l'arrêt de la Cour de cassation du 24 juin 2004, on peut conclure que le droit de la faillite ne comporte aucun texte légal octroyant au curateur un droit de rupture unilatéral des contrats en cours au moment de la faillite. Ni dans les termes de l'article 46 de la loi sur les faillites, ni dans les travaux préparatoires de cette loi, il ne peut être trouvé trace de semblable droit *sui generis* pour le curateur » (A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 216).

284. A. ZENNER et C. ALTER, « Évolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûreté et procédures collectives*, CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, pp. 151-213. Voy. également pour une proposition en ce sens : Th. BOSLY et M. ALHADEFF, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation déficitaire. Actualités et pratique*, CUP, vol. 120, Liège, Anthemis, 2010, p. 258.

285. A. ZENNER, audition à la Chambre des représentants, 2 décembre 2008, non publié.

286. C. Alter craint d'ailleurs à cet égard un effet domino en cas de faillite (audition à la Chambre des représentants, 25 novembre 2008, non publié).

287. T. Hürner réplique toutefois, en matière de franchise, que la faillite du franchiseur rendra matériellement la poursuite du contrat impossible. Si une marque fait faillite, la vente des produits revêtus de cette marque deviendra par la force des choses impossible. Il ajoute qu'il ne voit pas comment un curateur pourrait justifier une demande de remboursement des crédits hypothécaires vu, d'une part, l'importante crise économique et sociale que cela pourrait engendrer et, d'autre part, l'absence d'efficacité en cas d'insolvabilité des emprunteurs (T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, pp. 225-226 ; audition à la Chambre des représentants, 25 novembre 2008, non publié).

288. A. ZENNER, audition à la Chambre des représentants, 2 décembre 2008, non publié.

289. Voy. *contra* T. Hürner, qui rétorque que de nombreuses hypothèses échappent à la qualification de fraude et sont antérieures à la période suspecte (audition à la Chambre des représentants, 25 novembre 2008, non publié).

290. Ch. VAN BUGGENHOUT et I. VAN DE MIEROP, « Wat baten kaars en bril, als den uil niet zien wil », note sous Cass. 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 256-257 ; Ch. VAN BUGGENHOUT et J. DE VOS, « De voortzetting van de overeenkomsten door de curator : het cassatiearrest van 24 juni 2004 », in E. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS et M. VAN MEENEN, *Curatoren en vereffenaar : actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 630-631.

291. Voy. la mention « sans préjudice des droits découlant alors, pour le contractant de la faillite, en raison de l'inexécution du contrat ».

292. T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANQUEN, M. DRESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 62.

293. Loi du 15 juillet 2005 visant à compléter les articles 10 et 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 1^{er} août 2005. Voy. sur cette modification *infra*, n° 77 et n° 80.

294. Voy. pour plus de précisions : A. ZENNER et C. ALTER, « Évolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûreté et procédures collectives*, CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, p. 172.

295. Fr. T'KINT et W. DERJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 220, n° 226.

296. E. DIRIX, « Faillissement en lopende overeenkomsten », *R.W.*, 2003-2004, p. 204 ; E. DIRIX, « Overzicht van rechtspraak – Zekerheden (1998-2003) », *T.P.R.*, 2004, pp. 1191-1192.

297. A. DE WILDE, « Boedelschulden en lopende overeenkomsten », in E. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS et M. VAN MEENEN, *Curatoren en vereffenaar : actuele ontwikkelingen*, Anvers,

C.-A. Leunen³⁰⁰, A. Meulder³⁰¹, L. Herve³⁰² et I. Verougstraete³⁰³ allèguent qu'il ne s'agirait que de « dettes dans la masse ». Pour les premiers, la qualification de « dette de la masse » oblige le curateur à exercer son pouvoir de résiliation avec circonspection³⁰⁴ ; en outre, la condition édictée par la Cour (« lorsque l'administration de la masse le requiert ») implique que le curateur rompt nécessairement le contrat en vue de l'administration de la masse, ce qui emporte la qualification de « dette de la masse »³⁰⁵ conformément aux arrêts rendus par la Cour de cassation le 16 juin 1988³⁰⁶. Pour les seconds, tant la loi que la jurisprudence s'inscrivent en totale contradiction avec la qualification de « dette de la masse ». Ils avancent divers arguments. Tout d'abord, l'article 46 énonce que la créance de dommages et intérêts due au cocontractant entre dans la masse. D'ailleurs, la *ratio legis* de l'article 46 « vise précisément à limiter les dettes de la masse »³⁰⁷. Ensuite, l'article 90 de la loi sur les faillites confirme que les indemnités de rupture des travailleurs constituent des dettes dans la masse qui bénéficient du privilège de l'article 19, 3^o bis, de la loi hypothécaire. Enfin, la définition donnée par la Cour de cassation³⁰⁸ des « dettes de la masse » ne trouve pas à s'appliquer.

Intersentia, 2006, pp. 589-623 ; A. DE WILDE, « Beheer van het insolventievermogen », in *Gandarius, Insolventierecht 2004-2005*, XXXIste postuniversitaire cyclus Willy Delva, Mechelen, Kluwer, 2006, p. 160, cité par A. ZENNER et C. ALTER, « Évolutions récentes en droit de l'insolvabilité », in *Sûreté et procédures collectives*, CUP, vol. 100, Liège, Anthemis, 2008, p. 175.

298. C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : état de la question après l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *J.T.*, 2008, p. 471.

299. T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANQUEN, M. DRESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 63.

300. C.-A. LEUNEN, « Lopende overeenkomsten en het vernieuwde recht van de onderneming in moeilijkheden », *T.P.R.*, 1998, p. 496.

301. A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarrouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868.

302. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, pp. 441-442.

303. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 480.

304. A. DE WILDE, *Boedelschulden in het insolventierecht*, Anvers, Intersentia, 2005, p. 216, n° 225.

305. C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : état de la question après l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *J.T.*, 2008, p. 471.

306. La Cour énonce qu'« une dette ne peut être mise à charge de la masse que lorsque le curateur ou le liquidateur a contracté *qualitate qua* des engagements en vue de l'administration de ladite masse, notamment en poursuivant l'activité commerciale de ladite société, en exécutant les conventions que celle-ci a conclues ou encore en utilisant les meubles ou les immeubles de la société aux fins d'assurer l'administration convenable de la faillite » (Cass., 16 juin 1988, *Pas.*, 1988, p. 1250).

307. A. MEULDER, « La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarrouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 868.

308. Cass., 16 juin 1988, *Pas.*, 1988, pp. 1251 et s.

Selon T. Hürner, « Pour que le cocontractant puisse invoquer la qualité de créancier de la masse, le curateur doit donc poser des actes d'engagements justifiés par l'administration de la masse, notamment en poursuivant les contrats conclus antérieurement à la faillite, les commandes en cours, voire l'activité de l'entreprise. Or, la résiliation d'un contrat par le curateur constitue précisément l'expression d'une volonté inverse dans son chef »³⁰⁹.

Dans l'hypothèse où le contrat est poursuivi provisoirement avant la décision de refus du curateur (ou son absence de réponse), les dettes devraient être qualifiées de « dettes dans la masse »³¹⁰.

En conclusion, l'incertitude qui plane sur la qualification de l'indemnité de rupture fera vraisemblablement craindre aux curateurs de mettre en œuvre leur droit de résiliation.

75. Poursuite des contrats, dettes et indemnités. Dans l'hypothèse inverse de la poursuite des contrats en cours, « les dettes encourues par l'entreprise faillie en raison des prestations dont elle a bénéficié après la déclaration de faillite – mais elles seules, les autres gardant leur statut antérieur – reçoivent le statut de dettes dites de la masse »³¹¹. Le principe n'est toutefois pas aussi limpide qu'il y paraît : les indemnités de rupture du contrat poursuivi constituent-elles des dettes de la masse, dans la masse ou doivent-elles faire l'objet d'un calcul au prorata ? C'est la matière des contrats de travail et des indemnités de licenciement qui créa le plus de remous. La Cour de cassation, dans un récent arrêt du 16 janvier 2009³¹², a décidé que « seules les prestations fournies après la faillite donnent droit à une action à charge de la masse. (...) Les indemnités dues pour cause de résiliation d'un contrat de travail constituent des dettes de la masse, pour autant qu'elles aient trait aux prestations effectuées après la faillite ». Le débat dépasse toutefois notre propos. Il est renvoyé à l'arrêt de la Cour³¹³ ainsi qu'aux commentaires doctrinaux³¹⁴.

309. T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANQUEN, M. DRESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 64.

310. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, p. 442, n° 35.

311. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 220, n° 226.

312. Cass., 16 janvier 2009, *R.W.*, 2009-2010, n° 8, pp. 1-2, *N.j.W.*, 2009, pp. 448-453.

313. *Ibid.*

314. A. ZENNER et I. VEROUGSTRAETE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse », *R.D.C.*, 2004, pp. 524-529 ; A. DE WILDE, « Boedelschulden en lopende overeenkomsten », in E. BRAECKMANS, H. COUSY, E. DIRIX, B. TILLEMANS et M. VAN MEENEN, *Curatoren en vereffenaar : actuele ontwikkelingen*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 594-597 ; S. LOOSVELD, « Lopende overeenkomsten en insolventie (faillissement en gerechtelijke reorganisatie) : een stand van zaken », *R.A.B.G.*, 2009, pp. 520-528 ; R. CRIVITS et C. PERSYN, « Voortgezette arbeidsovereenkomsten bij faillissement », *N.j.W.*, pp. 430-436.

8. D'une simple différence de degré ?

76. Une différence artificielle ? Mais où se situe cette subtile différence entre « ne pas poursuivre l'exécution » d'une convention et « mettre fin à une convention » ?

Non seulement la frontière est floue, mais le régime présente certaines incohérences.

T. Hürner dénonce ainsi l'artificialité de la doctrine de la « non-exécution ». Selon lui, dans l'hypothèse où le failli n'est pas propriétaire, « plutôt que d'affirmer clairement le droit du curateur de résilier les contrats, elle lie leur sort à l'initiative du cocontractant qui, confronté au défaut d'exécution du failli, est supposé voire présumé en demander la résolution, fût-ce implicitement en déclarant sa créance d'indemnisation au passif. Limiter de la sorte le pouvoir d'action du curateur expose pourtant la masse au risque d'inertie du cocontractant (...), en sorte que le contrat "hybride infécond", n'est *in fine* ni poursuivi, ni résilié, "en état de pourrissement" »³¹⁵. Les nécessités de la faillite n'imposent-elles pas un aménagement du droit commun en faveur du curateur^{316, 317} ?

En outre, on reste perplexe quant à la signification pratique de la non-exécution. Ainsi, par exemple, dans un contrat de bail, le curateur pourra décider de ne plus exécuter le contrat en qualité de bailleur et cesser, par conséquent, les travaux d'entretien. Toutefois, il sera toujours obligé de se conformer à son obligation de mise à disposition des lieux loués. On le voit, le droit des contrats est malmené. On est bien en peine d'expliquer de manière rigoureuse le principe de non-exécution des obligations contractuelles.

Th. Bosly rétorque que le refus d'exécuter le contrat se limite à « une non-exécution des obligations nouvelles. Il ne peut nullement avoir un effet sur les obligations exécutées par le failli avant l'ouverture de la faillite »³¹⁸. La différence pratique entre « non-exécution » et « fin de la convention » se

315. T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANCQUEN, M. DREESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 74-75.

316. Notons, à l'instar de T. Hürner, que le droit de non-poursuite des contrats en cours implique déjà un affranchissement des règles légales (T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANCQUEN, M. DREESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 73).

317. T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANCQUEN, M. DREESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 74.

318. Th. BOSLY ET M. ALHADEFF, « Développements récents en matière de faillite », in *Réorganisation judiciaire, faillite, liquidation définitive. Actualités et pratique*, CUP, vol. 120, Liège, Anthémis, 2010, p. 256.

situerait donc au niveau des droits concédés avant la faillite. Ces derniers ne pourraient plus, en vertu de la doctrine de la « non-exécution », être remis en cause après la survenance de la faillite³¹⁹. Th. Bosly donne comme exemple le contrat de bail, où, d'un côté, l'obligation de mise à disposition ne peut être remise en cause car elle est exécutée dès l'entrée dans les lieux et, d'un autre côté, les obligations postérieures à l'entrée en fonction du curateur.

On s'interroge sur cette distinction : qu'est-ce qu'une obligation nouvelle ? Les obligations de mise à disposition et d'entretien naissent en effet lors de la conclusion du contrat. N'y a-t-il pas lieu de distinguer clairement naissance et exigibilité des obligations contractuelles ? En outre, l'obligation de mise à disposition s'inscrit dans la continuité. La césure des obligations prévues à l'article 1719, 1° et 2°, du Code civil n'est pas si nette. Tant les fondements que l'applicabilité de ce critère méritent de plus amples approfondissements qui dépassent le cadre de cette contribution.

9. Le choix du curateur

77. Champ d'application. L'article 46 s'applique, selon I. Verougstraete, « à tous les contrats en cours, quelle que soit leur nature »³²⁰. La notion de contrats en cours prête cependant à discussion. Aucune définition légale, ni jurisprudentielle ne permet de circonscrire cette dernière. C. Alter juge opportun de limiter la notion aux « contrats à prestations successives ou continues, à l'exclusion des contrats instantanés mais qui n'auraient pas encore achevé de produire tous leurs effets au moment de la faillite »³²¹.

J. Windey, qui s'inspire des solutions de droit français, préfère circonscrire la notion de contrats en cours aux contrats en vertu desquels le cocontractant doit encore accomplir une ou plusieurs obligations, cette condition s'appréciant au jour du jugement déclaratif de faillite³²². T. Hürner partage cet avis

319. Th. BOSLY, audition à la Chambre des représentants, 2 décembre 2008, non publié.

320. A. ZENNER et I. VEROUGSTRAETE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse », *R.D.C.*, 2004, p. 524.

321. C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : état de la question après l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *J.T.*, 2008, p. 472. Voy. également A. Meulder, qui soutient que le régime de l'article 46 ne tient pas compte des effets propres à certains contrats (« La continuité des contrats en cas de procédures collectives d'insolvabilité ou de liquidation : régime unique ou multiple ? L'arrêt du 10 avril 2008 : charge finale, nouvelle escarmouche ou baroud d'honneur ? », *R.D.C.*, 2008, p. 865).

322. J. WINDEY, « Les effets de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises sur les créanciers et leurs garanties », in *La loi relative à la continuité des entreprises*, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Larcier, 2009, p. 110, cité par T. HÜRNER, « Le régime des contrats en cours dans les procédures de faillite et de réorganisation judiciaire », in V. DE FRANCQUEN, M. DREESEN, T. HÜRNER et D. WILLERMAIN, *Questions spéciales de restructuration d'entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 69.

lorsqu'il énonce que la notion de contrat en cours « doit être comprise par référence à l'intérêt de la masse, en sorte qu'il s'impose, pour déterminer si un contrat est ou non en cours, de s'interroger sur la question de savoir si le failli (et donc la masse des créanciers) peut encore s'attendre à l'exécution d'une prestation de la part de son cocontractant »³²³. L. Herve³²⁴ parle simplement de « contrats conclus avant la faillite », sans dire un mot de la controverse.

En jurisprudence, les derniers arrêts de la Cour de cassation relatifs à l'article 46³²⁵ nous enseignent uniquement qu'aucune distinction ne doit être opérée entre contrats opposables et non opposables, ainsi qu'entre contrats régis par des dispositions légales impératives ou non. Dans son arrêt du 10 décembre 2003, la Cour d'arbitrage se prononce en ces termes : « En visant tous les contrats, y compris ceux visés par la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux, le législateur prend une mesure pertinente »³²⁶. Les discussions parlementaires ainsi que les interventions ministérielles ayant donné lieu à la modification de l'article 46 par la loi du 15 juillet 2005^{327, 328} éclairent également, tant que faire se peut, la problématique. Dans le cadre de cette proposition de loi, qui visait uniquement les contrats de travail, il fut question d'étendre le champ d'application de la disposition à tous les contrats. Bien qu'un « accord politique » existât sur ce point, il ne fut pas suivi d'effet lors des débats parlementaires³²⁹. À nouveau, on peut aisément remarquer

323. T. HÜRNER et N. OUCHINSKY, « Le régime des contrats en cours dans les procédures collectives depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2008 », *Rev. dr. U.Lg.*, 2009, p. 231, avec les références de droit français citées à la note 76.

324. L. HERVE, « Aperçu général du sort des contrats en cours dans le cadre des nouvelles lois sur les faillites et sur le concordat judiciaire », *Act. dr.*, 1997, pp. 431-438.

325. Cass., 24 juin 2004, *R.D.C.*, 2005, pp. 241-245 ; Cass., 10 avril 2008, *J.L.M.B.*, 2008, pp. 1588 et s. ; T. Not., 2009, p. 201, note. F. BOUCKAERT.

326. C.A., 10 décembre 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 253, note H.R., *R.W.*, 2005-2006, pp. 52 et s.

327. Loi du 15 juillet 2005 visant à compléter les articles 10 et 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 1^{er} août 2005.

328. Un paragraphe 2 est ajouté à l'article 46 de la loi sur les faillites, rédigé comme suit : « § 2. Si lors de la cessation d'activités, notamment à l'occasion du jugement déclaratif de faillite, les curateurs manifestent expressément ou tacitement leur volonté de résilier les contrats de travail existants, ils ne sont pas tenus de l'accomplissement des formalités et procédures particulières applicables à la résiliation de ces contrats. Toutefois, si les curateurs, en vue de la poursuite totale ou partielle ou de la reprise des activités, concluent de nouveaux contrats de travail avec des contractants visés à l'alinéa précédent, ces derniers bénéficient des formalités et procédures applicables aux contrats résiliés pendant le temps de la poursuite des activités. Après la déclaration de faillite et avant la clôture de la liquidation de celle-ci, les curateurs ont la faculté d'octroyer aux travailleurs licenciés, avec l'autorisation du juge-commissaire, une avance équivalente aux rémunérations et indemnités dues, et plafonnée à 80 % du montant visé à l'article 19, 3^obis, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 ».

329. Voy. A. ZENNER et C. ALTER, « Faillites et contrats en cours : la portée de l'option du curateur (article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites) », *J.T.*, 2006, p. 577.

qu'aucune distinction n'est opérée au sein des contrats conclus par le failli. La notion de contrats en cours ne semble pas, à l'heure actuelle, malgré les critiques qui s'élèvent et tentent de se faire entendre à ce sujet, se limiter à certains types de contrats.

78. Formalisme. Le choix du curateur est exprès ou tacite. L'exercice de cette faculté par le curateur ne peut être déduit que de circonstances non équivoques³³⁰. Ainsi, il fut jugé par la cour d'appel de Liège qu'« il n'y a pas d'acte délibéré de sa part (le curateur) autorisant à voir dans son attitude attentiste une volonté de s'engager pour la masse »³³¹. En outre, on ne peut déduire une prise de décision dans le chef du curateur d'une simple tolérance³³². Enfin, le simple fait que le curateur tire profit du contrat n'implique pas une décision de poursuite du contrat dans le chef du curateur³³³.

79. Absence de choix. Malgré les premiers termes de l'article 46 de la loi sur les faillites³³⁴, le curateur pourrait très bien tarder à prendre attitude quant à la poursuite ou non des contrats. À défaut pour le créancier d'être diligent et de mettre en demeure le curateur de prendre pareille décision, aucune sanction ne pourra être imposée au curateur. Pour éviter une éventuelle période de latence, le législateur a prévu que les créanciers peuvent contraindre le curateur à opérer un choix dans la quinzaine. La sanction prévue par le législateur consiste en une « présomption de résiliation », pure nouveauté terminologique³³⁵. Cette dernière sortit ses effets de plein droit dès l'expiration du délai³³⁶. Le délai de quinze jours, qui commence à courir à compter de la réception de la mise en demeure ou du moment auquel le curateur aurait normalement pu prendre connaissance de cette dernière, ne pourra être prolongé qu'avec l'accord du créancier³³⁷. La disposition est d'ordre public³³⁸.

330. A. ZENNER et I. VEROUGSTRAETE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse », *R.D.C.*, 2004, p. 524.

331. Liège, 26 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 978.

332. Liège, 27 avril 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1742.

333. A. ZENNER et I. VEROUGSTRAETE, « Poursuite des contrats en cours par les curateurs, indemnités de rupture et dettes de masse », *R.D.C.*, 2004, p. 524.

334. Spécialement l'expression « dès leur entrée en fonctions ».

335. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 480, n° 3.4.2.17.

336. *Ibid.*, p. 480.

337. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n° 224 ; I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 480.

338. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 217, n° 224.

10. Le sort des contrats de travail

80. Une modification au sein de l'article 46. En 2005, le législateur règle le sort des contrats de travail en cas de faillite. Il insère, par la loi du 15 juillet 2005³³⁹, un deuxième paragraphe à l'article 46 de la loi sur les faillites. Le curateur se voit désormais dégagé de l'ensemble des formalités prévues pour le cas de travailleurs protégés. Les impératifs et les enjeux liés à la faillite viennent briser les protections sociales mises en place. L'indemnité de rupture d'un contrat de travail non poursuivi constituera, pour la majorité des auteurs³⁴⁰, une dette dans la masse. Dans l'hypothèse où le contrat est poursuivi par le curateur, la dette devra être qualifiée de dette de la masse³⁴¹. La question de savoir si la qualification de « dette de la masse » doit être retenue pour la totalité de l'indemnité de rupture a fait débat. Tout récemment, dans son arrêt du 16 janvier 2009³⁴², la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence et consacre désormais, selon I. Verougstraete, le principe selon lequel « l'indemnité de préavis devra être calculée au prorata des périodes prestées et être considérée comme une dette dans la masse en fonction de la période prestée avant la faillite »³⁴³.

11. Conclusion

81. Conclusion. L'article 46 de la loi sur les faillites ne met pas fin aux problèmes pratiques rencontrés. Au contraire, il engendre de nouveaux problèmes d'interprétation. La jurisprudence de la Cour de cassation et de la Cour constitutionnelle est venue récemment remettre un peu d'huile sur le feu. Le fossé se creuse par conséquent davantage entre les différents courants doctrinaux. Les conséquences pour la masse selon que le curateur décide ou non de poursuivre les contrats sont radicalement différentes, raison pour laquelle le curateur ne peut prendre de décision à la légère. Différentes propositions de loi auxquelles le praticien doit rester attentif sont actuellement à l'examen³⁴⁴.

339. Loi du 15 juillet 2005, *M.B.*, 1^{er} août 2005.

340. Voy. la controverse explicitée *supra*, n^{os} 73-74.

341. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 562, n^o 3.7.2.3.

342. Cass., 16 janvier 2009, *R.W.*, 2009-2010, pp. 1-2, *N.j.W.*, 2009, pp. 448-453.

343. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 563, n^o 3.7.2.3.

344. Propositions devenues caduques vu la dissolution des Chambres : Proposition de loi visant à compléter l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2007-2010, n^o 52-1176 ; Proposition de loi portant interprétation de l'article 46, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du

B. Le pacte comissoire exprès (article 1184 du Code civil)

1. Généralités

82. Rappel. Le pacte comissoire exprès se définit comme toute clause contractuelle qui vise à « sanctionner, (...) par la résolution, un manquement fautif du débiteur dans l'exécution de ses obligations »³⁴⁵. À la différence de la condition résolutoire, le pacte comissoire n'opère pas de plein droit. Il requiert une décision de la partie qui entend en invoquer le bénéfice. Une mise en demeure doit, en principe, être adressée préalablement au débiteur de l'obligation inexécutée tandis que des dommages et intérêts pourront lui être réclamés en cas de résolution.

83. Régime juridique³⁴⁶. La question de la validité d'un pacte comissoire exprès inséré dans un contrat se pose dans les mêmes termes que ceux déjà explicités en matière de condition résolutoire (*supra*, section 2, B., point 5).

Dans un premier temps, il y a lieu de s'attarder sur la nature de la clause et de déterminer si on a affaire à une condition résolutoire, à un pacte comissoire ou à une clause de résiliation unilatérale. Dans un deuxième temps, il importe de vérifier la validité de la clause au regard du régime légal applicable au contrat conclu avec le failli.

8 août 1997 sur les faillites, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2007-2010, n^o 52-1219 ; Proposition de loi interprétative de l'article 46, § 1^{er}, alinéa 1, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2007-2008, n^o 4-779/1.

Propositions à l'examen : Proposition de loi visant à compléter l'article 46 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. extr. 2010, n^o 53-0172 ; Proposition de loi interprétative de l'article 46, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2010, n^o 5-220/1.

345. M.-Cl. ERNOTTE, « Nature de la clause résolutoire expresse en cas de faillite : condition résolutoire ou pacte comissoire exprès », note sous Liège, 24 septembre 1986, *Annales de droit de Liège*, 1988, p. 171.

346. La présente contribution se limite à l'analyse de la validité des clauses et non de leur opposabilité. Voy. concernant l'opposabilité des garanties conventionnelles : A. ZENNER et I. PEETERS, « L'opposabilité des garanties conventionnelles permettant d'échapper au concours. Les déclarations récentes des hauts magistrats de la Cour de cassation au Sénat augurent d'une plus grande sécurité juridique », *J.T.*, 2004, pp. 881-890. L'opposabilité des garanties conventionnelles est actuellement en pleine évolution. On constate d'ailleurs une certaine tendance à reconnaître leur opposabilité en cas de concours (voy. C. ALTER, « Questions choisies en droit de la faillite », in X., *Le créancier face à l'insolvabilité du débiteur*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, pp. 145-158 ; Ch. BIQUET-MATHIEU et Fr. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », in X., *Les espaces de liberté en droit des affaires*, séminaire organisé à l'occasion du 50^e anniversaire de la Commission Droit et Vie des Affaires, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 61-137). Seul le cas spécifique de la vente sera abordé (*infra*, n^o 84).

Les enseignements applicables au pacte comissoire exprès que nous avons dégagés lors de notre étude de la condition résolutoire peuvent se résumer comme suit :

- l'article 1762bis du Code civil dispose que les clauses résolutoires expresses sont réputées non écrites. Cette disposition s'applique aux baux de droit commun, aux baux de résidence principale, aux baux à ferme et aux baux commerciaux;
 - en matière de faillite, la loi du 6 avril 2010³⁴⁷ ne trouve qu'une application fort limitée.
- Notons juste l'hypothèse du cocontractant du failli qui invoquerait la nullité d'une clause limitant son pouvoir de résolution en cas de faillite. On peut citer à cet égard les articles 74, 7°, 74, 8°, et 74, 22°, de la loi du 6 avril 2010 ;
- le pacte comissoire exprès inséré dans un contrat d'emphytéose est généralement admis en doctrine et jurisprudence ;
 - la Cour de cassation, dans son arrêt du 19 avril 1979³⁴⁸, a admis la validité des pactes comissoires exprès dans les contrats de concession de vente exclusive ;
 - les parties ne peuvent contourner les dispositions de la loi du 3 juillet 1978³⁴⁹ par l'insertion d'un pacte comissoire exprès dans un contrat de travail ;
 - l'article 19 de la loi du 13 avril 1995 n'empêche pas l'insertion d'un pacte comissoire exprès dans un contrat d'agence commerciale pour autant, d'une part, qu'il n'entrave pas le droit à une indemnité d'éviction et, d'autre part, que le juge puisse exercer son contrôle *a posteriori*³⁵⁰. Le pacte comissoire semble faire toutefois double emploi avec la possibilité que prévoit l'article 19 de résilier le contrat en cas de circonstances exceptionnelles, notamment les cas de faillite.

2. Contrat de vente

84. Vente mobilière, clause résolutoire. Dans un contrat de vente mobilière, la mise en œuvre d'un pacte comissoire exprès est inefficace en

cas de survenance d'une faillite³⁵¹. Ce principe connaît des exceptions. Le pacte comissoire exprès pourra sortir ses effets si le vendeur n'a pas encore livré les biens³⁵². « Les biens n'ayant pas été livrés, ils ne font pas partie du patrimoine du débiteur, gage commun des créanciers. Ils ne sont par conséquent pas frappés par l'indisponibilité qui caractérise le concours »³⁵³. En outre, la résolution sera admise si le vendeur se prévaut du pacte comissoire exprès de manière non équivoque avant le jugement déclaratif de faillite³⁵⁴, et ce, même si la restitution n'est pas intervenue avant la survenance de la faillite³⁵⁵. En réalité, on applique à la clause résolutoire, par analogie, la solution dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 septembre 1994³⁵⁶ : la clause n'est opposable aux tiers que si elle est parvenue à son destinataire avant la naissance du concours.

La période suspecte ne vient pas affecter le pacte comissoire exprès^{357, 358}.

351. P. HARMEL, « La vente », *Rép. not.*, t. VII, liv. 1, 1985, p. 312 ; Fr. T'KINT et P. COPPENS, « La clause résolutoire et la clause de réserve de propriété dans le contrat de vente », *R.R.D.*, 1979, pp. 892-893 ; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 248 ; Cass., 23 mai 1946, *J.T.*, 1946, p. 420, note R. PIET ; Comm. Courtrai, 12 février 1957, *Pas.*, 1958, III, p. 70.
352. La mise en œuvre d'une clause résolutoire dans les huit jours de la vente au comptant pourrait également être envisagée malgré la survenance du concours (voy. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 249-250 ; art. 20, 5°, al. 6 et 7, de la loi hypothécaire ; Cass., 9 février 1933, *Pas.*, 1933, I, p. 103 et Cass., 18 novembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 262).
353. A.-S. GIGOT, « L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité », *R.D.C.*, 2011, p. 516. Voy. également J. HEENEN, « Les garanties du vendeur de meubles et leurs avatars », *R.C.J.B.*, 1973, pp. 14-15 ; Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 249-250, nos 488-489 ; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, « Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite », in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite. Les lois du 17 juillet et du 8 août 1997*, Bruxelles, Bruylant, 1997 p. 201, n° 33.
354. Fr. T'KINT et P. COPPENS, « La clause résolutoire et la clause de réserve de propriété dans le contrat de vente », *R.R.D.*, 1979, pp. 892-893 ; Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 248-249. Voy. aussi Gand, 10 novembre 1994, *A.J.T.*, 1995-1996, p. 304, note D. BLOMMAERT ; Cass., 9 mars 2000, *R.G.D.C.*, 2002, pp. 585 et s.
355. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 249.
356. Cass., 22 septembre 1994, *Arr. cass.*, 1994, p. 772, *Bull.*, 1994, p. 754, *J.L.M.B.*, 1995, p. 124, note J. CAEYMAEX, *J.T.*, 1995, p. 237, *Pas.*, 1994, I, p. 754, *R.W.*, 1994-1995, 1264, note E. DIRIX, *T. Not.*, 1995, p. 572, note F. BOUCKAERT, *R.D.C.*, 1995, p. 601.
357. Fr. T'KINT et P. COPPENS, « La clause résolutoire et la clause de réserve de propriété dans le contrat de vente », *R.R.D.*, 1979, p. 890.
358. La résolution amiable durant la période suspecte ne souffre également pas la sanction de l'article 17, 2°, de la loi sur les faillites (Fr. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 78, n° 136 ; Cass., 14 janvier 1982, *Arr. cass.*, 1981-1982, p. 613, *Bull.*, 1982, I, p. 594, *Pas.*, 1982, I, p. 594, *R.C.J.B.*, 1985, p. 181, note Fr. T'KINT, *R.W.*, 1982-1983, p. 436, *Rec. gén. enr. not.*, 1984, p. 395).

Le pacte commissaire stipulé expressément pour le cas de faillite ne pourra par conséquent pas sortir ses effets si le vendeur a livré le bien ³⁵⁹.

3. Le sort des clauses pénales

85. Clause pénale. Le pacte commissaire exprès est généralement accompagné d'une clause pénale. En effet, à la différence de la condition résolutoire, le pacte commissaire suppose une inexécution fautive de la part du débiteur, qui permet de réclamer des dommages et intérêts.

Le principe de l'égalité des créanciers vient toutefois limiter cette possibilité en cas de faillite : le cocontractant du failli ne pourra se prévaloir d'une clause pénale après le jugement déclaratif de faillite ³⁶⁰.

Derrière cette limpidité illusoire se cachent quelques subtilités, qu'il importe de ne pas perdre de vue. P. Wéry précise ainsi que « si la clause pénale est destinée à sanctionner un manquement au contrat, elle sortit ses effets malgré la faillite du débiteur, et ce, même si c'est à l'occasion de celle-ci que le failli ne respecte pas ses obligations » ^{361, 362}. Ce n'est en effet que si la clause a été prévue pour les cas de faillite qu'elle s'oppose au principe de l'égalité des créanciers ³⁶³.

Si la clause pénale a pour objectif le paiement d'intérêts moratoires conventionnels, elle tombera sous le champ de l'article 23, alinéa 1^{er}, de la loi sur les faillites ³⁶⁴, qui suspend, à dater du jugement déclaratif de faillite, le cours des intérêts pour les créances ordinaires et pour celles qui ne sont pas assorties d'un privilège spécial, d'une hypothèque ou d'un nantissement.

359. Sauf cas exceptionnels (*supra*, n° 84).

360. Fr. T'KINT et W. DERIJCKE, *La faillite*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 234 ; Comm. Charleroi, 16 février 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 147.

361. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, p. 766, n° 705 et jurisprudence citée ; Cass., 10 avril 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 973, *J.L.M.B.*, 1987, p. 137, obs. Cl. P., *R.W.*, 1986-1987, col. 818 ; Mons, 9 janvier 1991, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1383, obs. L.-M. HENRION, *R.R.D.*, 1991, p. 283 ; Mons, 13 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1999, pp. 15 et s.

362. Voy. dans le même sens : I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 428.

363. I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Waterloo, Kluwer, 2010-2011, p. 428.

364. P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, p. 766, n° 705.

4. Conclusion

86. Conclusion. Tandis que l'insertion d'une condition résolutoire prévue pour les cas de faillite permettait de contourner la prohibition contenue à l'article 1762bis du Code civil, la rédaction d'un pacte commissaire exprès dans un contrat de bail emphytéotique permettra, à l'inverse, d'échapper à certaines incertitudes quant au sort de la condition résolutoire en cas de faillite. Jongler avec les différents régimes applicables pour chaque type de clause permet aux créanciers du futur failli de s'assurer une certaine sécurité juridique quant au sort qu'il sera donné à ces clauses en cas de faillite.

La présence d'un pacte commissaire exprès inséré dans un contrat de vente et rédigé spécialement dans l'hypothèse d'une faillite doit faire retentir la sonnette d'alarme dans le chef du curateur, qui, s'il échet, veillera à contester l'efficacité de cette clause.

Les créanciers s'attelleront, pour leur part, à respecter les dispositions en vigueur. À titre d'exemple, l'insertion d'un pacte commissaire exprès dans un contrat de bail ne serait d'aucune utilité.

Le sort à réserver à la clause pénale intéressera également les deux parties au contrat.

C. La clause de résiliation unilatérale

87. Rappel. La clause de résiliation unilatérale offre à une partie au contrat la possibilité de rompre le contrat par sa seule volonté et en dehors de toute idée de faute ³⁶⁵. En pratique, il est fréquent de voir des parties se prémunir contre la faillite de leur débiteur en stipulant une clause de résiliation ³⁶⁶.

88. Régime juridique. Le régime juridique applicable peut être synthétisé, conformément aux développements exposés ci-avant (*supra*, section 2, B., point 5), comme suit :

365. P. WÉRY, « Vue d'ensemble sur les causes d'extinction des contrats », in *La fin du contrat*, Liège, Édition Formation permanente CUP, 2001, p. 26 ; P. WÉRY, « Les obligations », *Rép. not.*, t. IV, liv. I, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 964, n°s 986-987 ; P.A. FORTIERS et Ch. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », in X., *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 165, n° 10.

366. Les conditions purement voire simplement potestatives pourraient être raccrochées à ce régime (*supra*, n° 32). La condition résolutoire stipulée pour le cas de faillite pourrait être qualifiée de condition résolutoire simplement potestative. Par contre, la qualification de condition purement potestative ne semble pas adéquate vu que, en cas de faillite, sa réalisation ne dépend pas uniquement de la volonté de celui qui s'oblige.

- en matière de bail, les clauses de résiliation sont autorisées pour autant qu'elles ne dérogent pas aux nombreuses dispositions impératives ou d'ordre public notamment quant à la durée du contrat ³⁶⁷ ;
- la loi du 6 avril 2010 ne présente qu'un intérêt fort limité dans le cadre de cette contribution. La nullité ne pourra être invoquée que pour des clauses qui réduisent le droit de résiliation du consommateur ;
- la clause de résiliation unilatérale semble prohibée pour le bail emphytéotique, le bail commercial et le bail à ferme. Il est en effet rare pour les parties contractantes d'insérer une faculté de résiliation pour le cas de faillite sans contrevenir aux dispositions qui imposent une durée minimale au contrat de bail ;
- la validité d'une clause de résiliation unilatérale dans les contrats de concession de vente exclusive lors de la survenance d'événements neutres tels une faillite n'a pas encore fait l'objet d'une décision claire en jurisprudence ;
- l'insertion d'une clause de résiliation unilatérale pour les cas de faillite dans un contrat d'agence commerciale devrait, nous semble-t-il, répondre partiellement aux exigences de la loi du 13 avril 1995 ³⁶⁸.

Conclusion

89. Contexte. Le droit des contrats et celui de la faillite sont deux branches difficiles à concilier. Les principaux acteurs de la faillite que sont le curateur, le failli et les créanciers se retrouvent souvent démunis face à des questions juridiques qui font intervenir des règles et dispositions répondant à des objectifs parfois contradictoires. Le principe de l'autonomie de la volonté, cher à la philosophie libérale, est ainsi souvent confronté à des dispositions qui témoignent d'un certain interventionnisme de l'État. Les réponses pratiques apportées aux problèmes d'articulation des régimes juridiques distincts sont par conséquent généralement ambiguës et incertaines. Certains principes font toutefois l'objet d'un consensus. Ils sont rappelés de manière succincte avant d'en venir à l'ensemble des controverses qui jalonnent la matière.

367. Voy. toutefois les nuances reprises sous le même n° 88.

368. En effet, la faillite tombe, d'après les travaux préparatoires, sous le champ de la notion de circonstances exceptionnelles, ce qui ne justifie pas de contrôle *a posteriori*. En outre, un formalisme moins rigoureux que celui prévu à l'article 19 devrait trouver à s'appliquer.

90. Principes. L'exécution du contrat en cas de faillite n'est en principe pas bouleversée par la survenance d'une faillite. Au contraire, l'article 46 impose une continuité des relations contractuelles conclues entre le failli et son cocontractant. Toutefois, de nombreuses exceptions sont aujourd'hui reconnues en doctrine et en jurisprudence. On épingle, premièrement, de nombreux cas où les contrats conclus avec le failli sont dissous de plein droit. D'une part, les contrats *intuitu personae* font l'objet d'un régime dérogatoire, régime parfois confirmé expressément, comme pour le contrat de mandat, par le législateur : l'ensemble des contrats marqués du sceau de l'*intuitu personae* sont dissous de plein droit en cas de faillite. D'autre part, les parties peuvent convenir entre elles de l'insertion d'une condition résolutoire prévue spécifiquement pour le cas de faillite du cocontractant. Ces conditions résolutoires insérées contractuellement doivent être conformes aux dispositions impératives qui régissent les contrats spéciaux. Ainsi, par exemple, en matière de baux, de contrats de travail, de contrats de concession de vente exclusive, de contrats d'agence commerciale etc., les parties devront être prudentes non seulement lors de la rédaction des clauses, mais également lors de la survenance de la faillite. Le préalable obligé consistera en la qualification de la clause. Le choix entre la condition résolutoire, le pacte commissaire exprès et la clause de résiliation unilatérale guidera le raisonnement juridique à emprunter pour vérifier la validité des clauses.

À côté de cette dissolution que l'on peut qualifier d'automatique, il existe plusieurs hypothèses où la poursuite du contrat est aux mains soit du curateur, soit du cocontractant du failli. Tandis que le curateur peut trouver, selon certains auteurs, dans l'article 46 de la loi sur les faillites le moyen de se défaire de certains contrats non indispensables à la bonne exécution de sa mission, les créanciers soucieux de récupérer leurs créances et de stopper l'hémorragie financière invoqueront l'existence d'un pacte commissaire exprès ou d'une clause de résiliation unilatérale pour justifier la rupture du contrat.

À l'heure actuelle, les curateurs peuvent trouver, dans les derniers arrêts rendus par la Cour de cassation, une base suffisante pour justifier leur pouvoir de résiliation. Ils veilleront toutefois à motiver de manière rigoureuse leur recours à l'article 46 de la loi sur les faillites. La multiplicité des propositions de loi et la rapidité avec laquelle le législateur a entendu faire la lumière sur l'article 46 laissent toutefois présager une modification législative imminente, à laquelle il s'agira de rester attentif.

Quant aux clauses résultant de la créativité des parties, elles seront soumises à un contrôle de validité fondé sur les dispositions impératives qui

régissent les contrats en cours. À défaut de sécurité juridique quant à la validité d'une clause, les parties opteront pour l'un ou l'autre type de clauses.

On remarque enfin que le législateur intervient de manière récurrente pour régler directement le sort à réserver à certains contrats en cas de faillite. Il convient de citer à cet égard, bien que cette question ne fût pas abordée dans la présente contribution, les dispositions spécifiques qui régissent le contrat de travail, le contrat d'assurance, le contrat d'agence commerciale et le contrat relatif aux droits de propriété intellectuelle.

91. Controverses. « Un principe soumis à quelques exceptions » : le régime juridique des contrats en cours lors d'une faillite semble de prime abord bien établi et facile à comprendre. Cette simplicité n'est toutefois qu'un leurre. On l'a vu, la matière est parsemée de controverses et de problèmes pratiques inextricables.

Tout d'abord, la notion même de « contrats en cours » reste imprécise.

Ensuite, le caractère *intuitu personae* de certains contrats n'est pas clairement établi. Le concept est flou et fuyant au détriment des praticiens. Les parties se voient donc contraintes de pallier ces carences en insérant de nombreuses clauses contractuelles, notamment pour conférer au contrat un caractère *intuitu personae*.

La doctrine et la jurisprudence ne s'accordent également pas sur la qualification à attribuer aux clauses prévues pour les cas de faillite. Les dispositions impératives au regard desquelles les clauses contractuelles sont passées à la loupe ne distinguent parfois pas davantage entre condition résolutoire, pacte comissoire exprès et clause de résiliation.

Enfin, l'article 46 de la loi sur les faillites est au cœur des débats depuis quelques années. Le grand point d'interrogation reste la qualification à donner aux indemnités de rupture dues au cocontractant évincé : « dettes de la masse » ou « dettes dans la masse » ? L'enjeu financier est en pratique tellement important qu'il rend prohibitif le recours, dans le chef du curateur, à l'article 46.

La question de la prévalence du droit de la faillite sur le droit des contrats rejaillit au détour des nombreuses controverses soulevées sans qu'une réponse claire et définitive puisse malheureusement, à ce stade, y être apportée.